DAS
SELBSTEINTRITTSRECHT
DES
KOMMISSIONÄRS IM KOMMISSIONSGESCHÄFT.

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR
ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
VORGELEGT DER
HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER
KÖNIGL. FRIEDRICH-ALEXANDER-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN
VON

ALFRED SCHREIBER,
Referendar in St. Goarshausen.

WIESBADEN.
DRUCK VON RUD. BECHTOLD & COMP.
1896.

80

DAS
SELBSTEINTRITTSRECHT
DES
KOMMISSIONÄRS IM KOMMISSIONSGESCHÄFT.

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR
ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
VORGELEGT DER
HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER
KÖNIGL. FRIEDRICH-ALEXANDER-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN
VON

ALFRED SCHREIBER,
Referendar in St. Goarshausen.

WIESBADEN.
DRUCK VON RUD. BECHTOLD & COMP.
1896.

Meinen teuren Eltern

in

Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet.

Der Verfasser.

Inhaltsangabe.

Seite

§ 1. **Einleitung** 1

I. Ausgestaltung des Selbsteintrittsrechts 4

§ 2. Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts 4

§ 3. Vollzug des Selbsteintritts 9

§ 4. Die zeitlichen Grenzen des Selbsteintrittsrechts 14

II. Die rechtliche Natur des Selbsteintritts 16

§ 5. Allgemeines 16

§ 6. Die Theorie einer Alternativobligation 17

§ 7. Die Theorie der eventuellen Kaufofferte 21

§ 8. Die Theorie der beiden bedingten Verträge 26

§ 9. Die Theorie Grünhuts 29

§ 10. Die Theorie v. Hahns 36

§ 11. Unsere Ansicht 38

III. Die Anwendung unserer Ansicht auf einzelne Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien 45

§ 12 und § 13 45

§ 14. Schluss 55

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0114

Litteratur.

Auerbach, Das neue Handelsgesetz. 2. Abteil. 1865.

Abraham, Über den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten. 1884.

Baron, Pandekten. 8. Aufl. 1893.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 2. Teil. 1884.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Band. 1881.

Bender, Grundsätze des deutschen Handelsrechts. 1. Teil. 1824.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1853—1860. Fortgesetzt von Endemann.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis. Band I, XI, XXXXII.

Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. 2. Band. 2. Aufl. 1880.

„ 3. Aufl. 1882.

„ Vormundschaftsrecht. 2. Aufl. 1875.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. 1887.

Fick, Über börsenmässige Lieferungsgeschäfte. 1871.

Gad, Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsrechts. 1863.

Gelpcke, Zeitschrift für das Handelsrecht. 2. Heft. 1852.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band XIV, XVII, XIX, XXV, XXIX, XXXIII, XXXIX, XXXXI.

Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels. 1879.

v. Hahn, Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuche. 2. Band. 3. Liefg. 2. Aufl. 1881.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. I. Abteil. 1883.

Heise, Handelsrecht. 1858.

Hiersemenzel, Zur Lehre vom kaufmännischen Kommissionsgeschäfte. 1859.

Holtzendorff, Rechtslexikon. 2. Band. 3. Aufl. 1881.

Johow, Entscheidungen des Kammergerichts. 4. Band. 1885.

Keyssner, Allg. deutsches Handelsgesetzbuch erkl. u. erl. 1878.

Koch, C. F., Allg. deutsches Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 2. Aufl. 1868.

Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. 1883.
Litthauer, Allg. deutsches Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1894.
Makower, Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 11. Aufl. 1893.
Maurenbrecher, Lehrbuch des gesamten deutschen Privatrechts. 2. Bd. 2. Aufl. 1855.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. 1885.
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Band. 7. Aufl. 1847.
Morstadt, Kommentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs. 1840.
Pöhls, Darstellung des gemeinen und Hamburger Handelsrechts. 1828.
Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1885.
Rümelin, Das Selbstkontrahierungsrecht des Stellvertreters. 1893.
Renaud, Rechtliche Gutachten. 1886.
Schaps, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1887.
Staub, Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch. 1893.
Thöl, Das Handelsrecht. 1. Band. 6. Aufl. 1879.
Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel. 1839.
Weiske, Rechtslexikon. 2. Band. 1870.
Willenbücher, Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. 2. Band. 5. Aufl. 1882.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entwurf eines neuen Börsengesetzes. 1895.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Lesung. 1894.
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten. Nebst Motiven. 1857.

§ 1.

Einleitung.

Im kaufmännischen Kommissionsgeschäft wird durch Übernahme des Auftrags dem Kommissionär die Verpflichtung auferlegt, das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen und das Interesse des Kommittenten ungeteilt wahrzunehmen. Es muss daher auffallend erscheinen, wenn ein thatsächlicher, schon lange geübter Handelsgebrauch dem Kommissionär gestattet, in das ihm aufgetragene Geschäft als Selbstkontrahent einzutreten, d. h. dasselbe statt mit einem Dritten, mit sich selbst abzuschliessen. Die Frage, ob jene Sitte auch rechtlich zu billigen und gesetzlich anzuerkennen sei, ist verschiedentlich beantwortet worden. Während die französische Gesetzgebung[1]) den Selbsteintritt bei Strafe der Nichtigkeit verboten hat, ward in Deutschland, wo sich jener aus Italien stammende Handelsgebrauch schon seit Anfang des vorigen Jahrhunderts eingebürgert hatte, vor Emanation des H. G. B. in Doktrin und Rechtssprechung über die Zulässigkeit des Selbsteintrittsrechts ein langer, lebhafter Streit geführt.

Einige bedeutende Rechtslehrer, wie Poehls[2]), Brinkmann[3]) und Hiersemenzel[4]) wollten dem Selbstkontrahieren

[1]) Code civil sagt in Art. 1596: Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées . . . les mandataires des biens qu'ils sont chargés de vendre.

[2]) Poehls, Darstellung des gemeinen und Hamburger Handelsrechts. 1828. Bd. 1. § 113, 114. S. 255. 256, 261.

[3]) Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1853—1860. § 111. Note 9. S. 407.

[4]) Hiersemenzel, Zur Lehre vom kaufmännischen Kommissionsgeschäfte. 1859. § 6. S. 28/29.

jegliche Anerkennung versagen, indem sie jene Befugnis als mit der rechtlichen Natur der Kommission als eines Mandates unvereinbar erklärten. Die meisten Schriftsteller jedoch hielten den thatsächlichen Handelsgebrauch auch für rechtlich zulässig und versuchten die Gegensätze zwischen dem Kommissionsgeschäft und dem Selbstkontrahierungsrecht dadurch auszugleichen, dass sie dem Kommissionär nur unter gewissen Voraussetzungen und bei Beobachtung gewisser Modalitäten jene Befugnis zum Selbsteintritt einräumten. Einige von ihnen, wie Heise[1]), Treitschke[2]) und Wilda[3]) wollten dem Kommissionär das Selbsteintrittsrecht nur dann zuerkennen, wenn der Zweck und Vorteil des Kommittenten hierbei ebenso gewahrt würde wie beim Handel mit Dritten; andere wie Morstadt[4]), Maurenbrecher[5]) und Endemann[6]) machten jene Befugnis davon abhängig, dass die Waren einen bestimmten Kurs hätten; Mittermaier[7]) verlangte, dass der Kommissionär, wenn er den Selbsteintritt wähle, dem Kommittenten sofort Anzeige davon mache. Bender[8]) und Gelpcke[9]) schliesslich erklärten das Recht zum Selbskontrahieren ohne alle Einschränkungen für zulässig.

Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten, der sich, der modernen Verkehrsanschauung Rechnung tragend, grundsätzlich für die Zulässigkeit des Selbsteintritts ausgesprochen hat, glaubte am besten das Interesse des Kom-

---

[1]) Heise, Handelsrecht. 1858. S. 42/43.

[2]) Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel. 1839. S. 15/16.

[3]) Wilda, Kommissionshandel in Weiske, Rechtslexikon. 1840. Bd. II. S. 714/15.

[4]) Morstadt, Kommentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs. 1840. S. 43 u. 45.

[5]) Maurenbrecher, Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Aufl. 1855. Bd. 2. § 406.

[6]) Endemann, in der Fortsetzung des Brinkmann'schen Werkes. § 112. III. No. 19. S. 418.

[7]) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Bd. 7. Aufl. 1847. § 551, XVIII, § 552, III.

[8]) Bender, Grundsätze des deutschen Handelsrechts. 1824. 1. Teil. S. 217, 227.

[9]) Gelpcke, Zeitschrift für das Handelsrecht. 1852. 2. Heft. S. 92.

mittenten hierbei zu wahren, wenn er das Erfordernis aufstellte, dass die Waren und Wertpapiere einen Börsen- oder Marktpreis hätten.[1]) Dieser Auffassung haben sich die Redaktoren des H. G. B. angeschlossen und den langen Streit über das Selbsteintrittsrecht in entscheidender Weise beigelegt, indem sie in Art. 376 folgende Bestimmungen getroffen haben: „Bei der Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten."

Im folgenden soll es unsere Aufgabe sein, das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs juristisch darzustellen. Unter Selbsteintrittsrecht verstehen wir nicht die Lehre vom Selbsteintritt, das objektive Recht, sondern lediglich die Befugnis zum Selbsteintritt, also das subjektive Recht. Hierzu gehört einmal die Darstellung der Voraussetzungen, des Vollzugs und der zeitlichen Grenzen des Selbsteintrittsrechts, sodann die Darlegung der rechtlichen Konstruktion des Eintrittsrechts mit den sich hieraus ergebenden Schlussfolgerungen. Voraussetzungen, Vollzug und zeitliche Grenzen sollen hierbei jedoch nur in grossen Zügen zur Darstellung gelangen.

[1]) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten. Nebst Motiven. 1857. Art. 394. Motive S. 162.

I. Ausgestaltung des Selbsteintrittsrechts.

§ 2.

Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts.

Die erste Voraussetzung des Selbsteintrittsrechts ist nach Art. 376 die, dass es sich um eine Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, handelt. Eine Ausdehnung des Rechts auf andere Arten von Kommissionen als Einkaufs- oder Verkaufskommission ist somit ausgeschlossen.[1])

Die Begriffe „Ware, Wechsel und Wertpapier" bedürfen hier keiner weiteren Besprechung, da sie in der vorliegenden Gesetzesbestimmung in demselben Sinne wie im Handelsrechte überhaupt, z. B. in Art. 271 und 273 des H. G. B. gebraucht werden. Auch der Begriff „Börsen- oder Marktpreis" ist in dem im Handel üblichen Sinne als der Durchschnitts- oder laufende Preis einer Ware zu verstehen, wie er sich bei der mehrfachen Verkaufs- und Ankaufsgelegenheit in schneller Wechselwirkung von Angebot und Nachfrage herausgebildet hat.[2]) Woran aber das Bestehen des Börsen- oder Marktpreises erkannt wird, das ist gesetzlich nicht bestimmt, muss vielmehr im Einzelfalle aus der Gesamtheit der Umstände sich ergeben. Bei Bestimmung des Börsen- oder Marktpreises kommen zwei

[1]) In analoger Weise ist indessen auch dem Speditionskommissionär in Art. 385 die Befugnis, selbst als Frachtführer den Transport der Güter auszuführen, gewährt worden.

[2]) F. Keyssner, Marktpreis in v. Holtzendorffs Rechtslexikon. 2. Bd. 3. Aufl. 1881. S. 724.

Fragen in Betracht, nämlich: welcher Ort und welcher Zeitpunkt sollen massgebend sein?

Die erste Frage war in dem Entwurfe eines preussischen Handelsgesetzbuches Art. 294 durch die Bestimmung: „am Orte des Kommissionärs“ geregelt; doch ist letztere später wieder gestrichen und auch nicht in das H. G. B. aufgenommen worden. Die meisten Schriftsteller wollen hier, einen Kaufabschluss des Kommissionärs mit einem dritten Kontrahenten fingierend, Art. 353 des H. G. B., der Bestimmungen über den Börsen- und Marktpreis bei Kaufgeschäften enthält, zu Hilfe nehmen und „den Ort der Erfüllung oder den für letzteren massgebenden Handelsplatz“ als entscheidend ansehen. Richtig scheint uns aber die Auffassung v. Hahns[1]) und Puchelts[2]), welche denjenigen Ort für massgebend betrachten, „nach dessen Recht und Sitte überhaupt das Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär beurteilt werde.“ Nach der Natur der Sache kann dies aber nur das Domizil des Kommissionärs oder der seinen Geschäftsbetrieb normierende nächste Handelsplatz sein, sofern nicht nach dem erkennbaren Parteiwillen ein anderer Ort für die Ausführung des Geschäfts bestimmt ist.

Was die Berechnung des für den Börsen- oder Marktpreis massgebenden Zeitpunktes anlangt, so wollen hier die meisten im Hinblick auf Absatz 2 des Art. 376 die Zeit der Ausführung des Auftrags der Berechnung zu Grunde legen. Aus den thatsächlichen Verhältnissen des Börsenverkehrs ergiebt sich indessen, dass hier die abweichende Ansicht Lepas[3]) richtig ist. Nach diesem kommt es auf die Zeit an, „in welcher die Abschliessung des Ausrichtungsgeschäfts nach dem Willen des Kommittenten erfolgen sollte oder durch die Erwägungen seines Interesses geboten war.“ Derselbe wird regelmässig mit dem Zeitpunkte der wirklichen Ausführung des Auftrags

---

[1]) v. Hahn, Kommentar zum H. G. B. 2. Bd. 3. Lief. 2. Aufl. 1881. Art. 376. § 8. S. 511.

[2]) Puchelt, Kommentar zum H. G. B. 2. Bd. 3. Aufl. 1885. Art. 376. No. 9. S. 396.

[3]) Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. 1883. S. 56 ff.

— als solcher ist aber, wie weiter unten[1]) nachgewiesen wird, der Moment der Absendung der Ausführungsanzeige anzusehen — zusammenfallen. Indessen ist es auch anders denkbar, z. B. wenn ein Kommissionsgeschä t zu einem genau bestimmten Zeitpunkte innerhalb der Börsenstunden abgeschlossen werden soll, der Kommissionär aber, welcher den Selbsteintritt wählt, erst nach Schluss der Börsenzeit die Ausführungsanzeige absendet, so muss doch der ausdrücklich bestimmte Zeitpunkt bei Berechnung des Börsenpreises massgebend sein.

Eine weitere Voraussetzung stellt Art. 376 für den Selbsteintritt auf mit den Worten: „wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat.“ Hierbei ist zu bemerken, dass das Verbot des Kommittenten nicht nur ausdrücklich, und zwar sofort mit Erteilung des Auftrags oder auch später, sondern auch stillschweigend ergehen kann. Insbesondere kann auch aus den Umständen, der Natur des aufgetragenen Geschäfts und dem Inhalte der Erklärungen des Kommittenten sich ergeben, dass die Absicht des letzteren dahin ging, das Propregeschäft seitens des Kommissionärs auszuschliessen. Hierher rechnen die meisten auch die Differenzgeschäfte, indem sie sich auf eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[2]) stützen. Andere aber, wie Thöl[3]) und v. Hahn[4]) wollen die Unzulässigkeit des Selbsteintritts bei Differenzgeschäften nicht in dieser Allgemeinheit anerkennen, sondern zwischen uneigentlichen und reinen Differenzgeschäften unterschieden wissen. Bei den ersteren erklären sie sich für die Zulässigkeit des Selbsteintritts, da sie überhaupt den Grundsätzen des Kaufs unterworfen seien; bei den reinen Differenzgeschäften nehmen sie aber Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens an mit der Begründung, dass die Kommission zum reinen Differenzgeschäft keine Einkaufs- und Verkaufskommission sei, also auch nicht unter Art. 376 falle. Lepa[5]) aber, der diese Streitfrage ein-

[1]) S. S. 9 ff.

[2]) Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. XI, S. 19.

[3]) Thöl, Das Handelsrecht. 1. Bd. 6. Aufl. 1879. § 307. S. 1025.

[4]) a. a. O. Komt. Art. 376. § 9. Anm. 26a. S. 512.

[5]) a. a. O. S. 50–52.

gehend behandelt, bemerkt hierzu: „dem Handelsstande sei eine solche Unterscheidung fremd, denn auch das reine Differenzgeschäft würde als Kauf bezeichnet und behandelt; man dürfe daher auch beim reinen Differenzgeschäfte dem Kommissionär nicht den Selbsteintritt verwehren.“ Derselben Ansicht ist Keyssner[1]): „wenn nur die Ware per ultimo einen bestimmten Börsenpreis habe, so könne aufgrund dessen der Kommissionär ebensowohl eintreten wie beim Kassageschäft.“ Auch wir können im Anschlusse an die Ansicht Lepas und Keyssners bei dem Differenzgeschäft nicht ein stillschweigendes Verbot seitens des Kommittenten zum Selbsteintritte erkennen.

Der Art. 376 hat, da er nur die beiden oben erwähnten Voraussetzungen festgesetzt hat, dem praktischen Bedürfnisse nicht Genüge geleistet. Denn es hat sich eine ganze Reihe von Rechtsfällen gezeigt, in denen es zweifelhaft erschien, ob man hier den Abschluss eines Propregeschäfts durch den Kommissionär für statthaft erklären dürfe. Im Anschlusse hieran ist auch viel in der Doktrin gestritten worden, bis schliesslich die obersten Gerichtshöfe in den Zweifelfällen durch ihre massgebenden Entscheidungen einen festen Standpunkt geschaffen haben. In dem Erkenntnisse des Reichsoberhandelsgerichts vom 10. April 1879[2]) ist ausgesprochen, dass der Selbsteintritt nicht beschränkt sei auf sog. glatte Geschäfte, dass er vielmehr auch zulässig sei, wenn im Auftrage Bedingungen, Zeitbestimmungen oder sonstige Modalitäten der Erfüllung angeordnet seien. Ebenso haben sich ein Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts vom 20. November[3]) 1875 und eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Juni 1881[4]) dahin geäussert, dass auch durch eine Verpflichtung des Kommissionärs, für del credere zu stehen, der Selbsteintritt nicht ausgeschlossen werde. Ferner ist die Ansicht Marcinowskis[5]),

[1]) Keyssner, Allgemeines deutsches H. G. B., erklärt und erläutert. 1878. Art. 376. No. 3. S. 413.

[2]) Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts XXII, S. 238.

[3]) R. O. H. G. XIX, S. 55.

[4]) Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. IV, S. 92 ff.

[5]) Marcinowski, Das kaufmännische Kommissionsgeschäft in Busch, Archiv. 1. Bd. 1863. S. 376.

Gads[1]) und Puchelts[2]), dass im Falle der Preislimitierung dem Kommissionär das Recht, als Selbstkontrahent einzutreten, in der Regel entzogen werde, durch zwei Erkenntnisse des Reichsoberhandelsgerichts vom 26. November 1872[3]) und vom 14. Dezember[4]) 1875 verworfen worden mit der Begründung, dass „das in der Limitierung des Preises enthaltene Verbot nur den Kaufpreis, nicht die Person des Käufers betreffe." Schliesslich wird durch zwei Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts vom 26. Januar 1876[5]) und vom 3. Juni 1876[6]) die Voraussetzung, dass der Einkaufskommissionär die Ware zur Zeit des Eintritts bereits besitzen müsse, als irrig zurückgewiesen. Diese Ansicht war zuerst von Koch[7]) in seinem Kommentar zum H. G. B. ausgesprochen worden. v. Hahn[8]) hatte in ähnlicher Weise erklärt, dass es der bona fides widersprechen würde, wenn der Kommissionär nach Übernahme der Kommission die Ware von einem Dritten einkaufen und sodann um den höheren Preis selbst liefern wolle. Aber mit Recht erwidert ihm Lepa[9]) darauf, dass die Billigkeitsgründe, von denen sich v. Hahn leiten liesse, nicht stichhaltig seien; denn es lasse sich eine Reihe von Rechtsverhältnissen denken, in welchen es durchaus billig erscheine, wenn der Kommissionär eine günstige Gelegenheit zum Geschäftsabschluss für sich und nicht für den Kommittenten benutze; z. B. er kontrahiere mit einem Verwandten, einem alten Geschäftsfreunde, einem Schuldner, dem er lange Nachsicht gewährt habe etc. Ferner sei nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes die Rechenschaftspflicht, die sonst eine so hervorragende Rolle im Kom-

[1]) Gad, Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsrechts. 1863. I. § 131. S. 272.

[2]) a. a. O. Art. 376. Note 6. S. 394.

[3]) R. O. H. G. XXIII, S. 103.

[4]) R. O. H G. VIII, S. 94.

[5]) R. O. H. G. XIX, 354 u. 358.

[6]) R. O. H. G. XX, S. 327.

[7]) C. F. Koch, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch mit Kommentar in Anmerkungen. 2. Aufl. 1868. Art. 376. No. 43.

[8]) a. a. O. Art. 376. § 4. S. 509.

[9]) a. a. O. S. 64—66.

missionsgeschäft spiele, beim gemischten Kommissionsgeschäft des Art. 376 sehr beschränkt; wenn hier nur der Kommissionär die Einhaltung des Börsen- oder Marktpreises beweise, so müsse man seinen Eintritt stets als gerechtfertigt anerkennen, also auch wenn er die Waren erst anschaffe und dann dem Kommittenten liefere.

§ 3.

Vollzug des Selbsteintritts.

Über die Art und Weise, wie der Selbsteintritt des Kommissionärs zustande kommt, und über den Zeitpunkt, in welchem er als perfekt anzusehen ist, enthält das H. G. B. keine unmittelbare Bestimmungen; es ist daher erklärlich, wenn gerade über diese Fragen bis heute der lebhafteste Streit geführt wird.

Gemäss Art. 376 kann der Selbsteintritt auf doppelte Weise erfolgen, entweder durch Willensakt des Kommissionärs oder durch Inanspruchnahme des Kommissionärs durch seinen Kommittenten.

Was den ersten Fall anlangt, so ist es klar, dass wie zur Perfektion eines jeden Rechtsgeschäfts, so auch zum Vollzuge des Selbsteintritts des Kommissionärs der Wille, selbst zu kontrahieren, und eine dementsprechende Willenserklärung nötig sind. Die herrschende Meinung erblickt eine solche Willenserklärung in der Anzeige von der Ausführung des Auftrags, wozu der Kommissionär aufgrund Art. 361 verpflichtet ist. Streitig bleibt aber hier zunächst die Frage, wie diese Anzeige im Falle des Selbsteintritts zu lauten habe.

v. Kräwel[1]), Gad[2]), Anschütz[3]) und Keyssner[4]) stellen folgendes Erfordernis auf: Die Anzeige von der Aus-

[1]) v. Kräwel, Über die Rechte und Pflichten des Kommissionärs nach Art. 376 in Busch, Archiv Bd. XI. S. 110 ff.

[2]) Gad, Die Anzeigepflicht des als Eigenhändler eintretenden Kommissionärs in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. XIV. 1870. S. 234.

[3]) Anschütz, Rechte des Einkaufskommissionärs als Selbstverkäufer in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. XVII. 1872. S. 1 ff.

[4]) Keyssner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, erklärt und erläutert. 1878. Art. 376. No. 10 u. 11. S. 414/15.

führung des Auftrages müsse eine bestimmte Erklärung der Selbstübernahme seitens des Kommissionärs enthalten; einer entgegengesetzten Sitte sei deshalb jede Anerkennung zu versagen, da sie den juristischen Begriffen zuwider liefe; bei einer allgemein gehaltenen Ausführungsanzeige habe der Kommittent immer anzunehmen, dass mit einem dritten abgeschlossen sei. Diese Ansicht aber — so weist Lepa[1]) überzeugend nach — widerspricht der Anschauung der kaufmännischen Kreise und der Entstehungsgeschichte des H. G. B.; eine spezialisierte Anzeige war weder vor Emanation des H. G. B. erforderlich, noch ist sie durch dasselbe eingeführt worden. Aus denselben Gründen erachten auch wir eine Verpflichtung des Kommissionärs zur Erstattung einer spezialisierten Anzeige für nicht zutreffend, erklären uns vielmehr für die Meinung derjenigen, welche eine allgemein gehaltene Ausführungsanzeige für genügend ansehen, wie z. B. eine Anzeige mit dem Ausdrucke: „kaufte von Ihnen", „kaufte für Sie", wobei es unbestimmt bleibt, ob der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen hat oder den Selbsteintritt wählt.[2]) Daher können wir auch nicht der Ansicht Marcinowskis[3]) zustimmen, welcher zwar die generelle Anzeige für genügend erachtet, dem Kommissionär aber zumutet, bis zur nachträglichen Absendung einer speziellen Eintrittserklärung den Widerruf des Kommittenten zu berücksichtigen; denn es ist undenkbar, dass ein Auftrag schon ausgeführt und doch noch widerruflich sein soll.[4])

Zwischen den Verfechtern der zuletzt erwähnten Ansicht herrscht ein heftiger Streit darüber, ob im Augenblick der generellen Anzeige der Kommissionär bereits den Entschluss zum Selbsteintritt gefasst haben müsse, oder ob er noch bis zu einem späteren Zeitpunkte, der Rechenschaftsablage oder

[1]) a. a. O. S. 74—88.

[2]) Hierbei versteht es sich von selbst, dass einer mündlichen Anzeige die gleiche Wirkung beizulegen ist, wie einer schriftlichen. cf. auch R. O. H. G. VIII, S. 95 ff.

[3]) a. a. O. S. 379 ff.

[4]) cf. Lepa a. a. O. S. 89.

sogar dem Prozesse, wählen dürfe, und ob ihm dann noch fernerhin ein Recht zustehe, von der einmal getroffenen Wahl wieder abzugehen. Diese Streitfrage wird auch so formuliert, ob dem Kommissionär nach Absendung der generellen Anzeige von der Ausführung des Auftrags noch ein Wahlrecht und sogar ein Variationsrecht zustehe. Beides wollen dem Kommissionär Puchelt[1]), Keyssner[2]), Hartmann[3]) und Abraham[4]) einräumen, wobei sie sich auf zahlreiche Erkenntnisse der obersten Gerichtshöfe[5]) berufen. Dem gegenüber erklärt Grünhut[6]): wenn die Ausführungsanzeige vor der thatsächlichen Ausrichtung abgegeben werde, so habe der Kommissionär noch das Wahlrecht; werde sie nachher erstattet, so sei der Kommissionär an den Ausführungsmodus mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 376 Abs. 1 gebunden; woraus sich ergebe, dass „der Kommissionär nur so lange befugt sei, als der Auftrag noch ausgeführt werden solle, nicht aber noch dann, wenn der Auftrag bereits ausgeführt worden sei". Grünhut will also offenbar dem Kommissionär das Wahlrecht gewähren, aber das Variationsrecht versagen[7]). Dieser Auffassung Grünhuts hält aber Lepa mit Recht entgegen, dass sie eine Rechtsanomalie bilden würde, denn wie jede Meldung, so müsse auch die Anzeige des Kommissionärs von der Ausführung des Auftrags auf Wahrheit beruhen; er könne daher stets nur nach erfolgter Ausführung des Auftrags eine Anzeige erstatten; wenn er aber dies thue, so sei er nach Grünhuts Worten selbst an den gewählten Modus gebunden. Hierdurch wird thatsächlich das

---

[1]) a. a. O. Art. 376. N. 13. S. 399.

[2]) a. a. O. Komt. zum H. G. B. Art. 376. S. 416/17.

[3]) Hartmann, Zur Kasuistik des Börsengeschäfts in Busch, Archiv XXXXII, S. 121 ff.

[4]) Abraham, Über den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten. 1884. S. 36—38.

[5]) Erk. R. O. H. G. XIX. N. 106. S. 359. XX. N. 80. S. 328. Erk. R. G. I, N. 105. S. 291 ff. VI, N. XII. S. 46 ff.

[6]) Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels. 1879. S. 472—75.

[7]) Derselben Ansicht ist Endemann, Das deutsche Handelsrecht. § 194. S. 703.

von Grünhut dem Kommissionär eingeräumte Wahlrecht hinfällig. Lepa [1]) verwirft aber dasselbe schon aus dem Grunde, „weil der Kommissionär, welcher in der allgemeinen Anzeige einen dritten Kontrahenten nicht benannt habe, unbedingt nur zur Geltendmachung des Selbsteintritts, dagegen nicht zur Geltendmachung eines aus Anlass des Auftrags mit dritten geschlossenen Geschäfts befugt sei; eine Verweisung an dritte brauche sich der Kommittent nach Art. 376 Abs. 3 nicht gefallen zu lassen.“ Diese Auffassung Lepas, welcher also Wahlrecht und Variationsrecht des Kommissionärs vollständig verwirft, wird auch von v. Hahn [2]) und Schaps [3]) vertreten, allerdings mit teilweise anderer Begründung. Wir schliessen uns derselben Ansicht an und weisen zu ihrer Rechtfertigung noch auf die Worte Staubs [4]) in seinem Kommentar hin, mit denen er die entgegenstehenden Erkenntnisse der Gerichtshöfe widerlegt: „Es ist nur zu bemerken, dass die Gerichte hierbei in nicht korrekter Weise davon sprechen, der Kommissionär könne den Selbsteintritt auch später wählen. Es wählt der Kommissionär bei der Ausführung der Kommission selbst. Von einer nachträglichen Wahl kann also nicht die Rede sein, sondern nur von einer nachträglichen Präzisierung, die aber der Sachlage entsprechend erfolgen muss.“

Aus der obigen Darstellung ergiebt sich, dass der Selbsteintritt nicht nur durch eine spezialisierte Eintrittserklärung, sondern auch durch die Abgabe einer allgemein gehaltenen Ausführungsanzeige erfolgen kann. Wir stimmen aber auch der Ansicht derjenigen zu, welche gewisse konkludente Handlungen einer solchen Anzeige gleichstellen wollen, z. B. der Kommissionär sendet dem Kommittenten Waren der verlangten Beschaffenheit und Menge ohne jegliche Faktura und Avis zu. Hierbei ist indessen daran festzuhalten, dass die Aus-

[1]) a. a. O. S. 99 ff.

[2]) a. a. O. Komt. zu Art. 376. § 10.

[3]) Schaps, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1887. S. 26/27.

[4]) Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen H. G. B. 1893. Art. 376. § 6. S. 390/91.

richtungsanzeige ihrem Begriffe nach stets dem Kommittenten gegenüber abgegeben wird, daher darf eine Erklärung der Auftragsausrichtung nicht schon in denjenigen Handlungen des Kommissionärs zu finden sein, durch welche „das Geschäft als vonseiten des Kommittenten ihm gegenüber erfüllt erscheint, z. B. der Verkaufskommissionär verwendet das übersandte Gut in seiner Fabrik, er packt es um und versieht es mit Etiketten".[1])

Wir sind demnach zu folgendem Ergebnisse gelangt: Der Selbsteintritt des Kommissionärs wird vollzogen dadurch, dass er seine darauf gerichtete Absicht erklärt, sei es durch eine spezialisierte Eintrittserklärung oder durch eine generelle Anzeige von der Ausführung des Auftrags oder durch gewisse konkludente Handlungen. Die Perfektion des Selbsteintritts erfolgt aber stets mit der Absendung der Anzeige bezw. mit der Vornahme der betreffenden schlüssigen Handlungen.

Wie oben erwähnt, kann aber der Selbsteintritt auch durch einen Willensakt seitens des Kommittenten geschehen. Wenn nämlich der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft macht, d. h. diese Person ausdrücklich mit ihrem Namen nennt oder sonst unzweifelhaft bezeichnet[2]), so ist der Kommittent nach Art. 376 Abs. 3 befugt, ihn selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen. Macht der Kommittent von seiner Befugnis Gebrauch, indem er dem Kommissionär ausdrücklich erklärt, dass er ihn als Selbstkontrahenten betrachte, oder auch indem er ihn nur als solchen behandelt, so wird hierdurch der Selbsteintritt des Kommissionärs perfekt.[3])

---

[1]) Anderer Ansicht ist v. Hahn in seinem Kommentar. Art. 377. § 6. S. 526.

[2]) Die Bezeichnung „ein Freund" genügt nicht; cf. R. O. H. G. XXIII, S. 103.

[3]) Diese Befugnis ist zeitlich nicht beschränkt; cf. R. G. IV, S. 92.

§ 4.

Die zeitlichen Grenzen des Selbsteintrittsrechts.

Bereits bei Besprechung des Vollzugs des Selbsteintritts haben wir klarzulegen versucht, dass der Selbsteintritt spätestens mit der Abgabe der Eintrittserklärung erfolgen muss — mag diese speziell oder generell lauten oder auch durch schlüssige Handlungen geschehen. Indessen ist das Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs noch anderen zeitlichen Grenzen unterworfen. Der Selbsteintritt kann naturgemäss nur so lange vollzogen werden, als Auftrag und Wille des Kommittenten, sich denselben gefallen zu lassen, vorhanden sind. Ein rechtzeitig erfolgter Widerruf des aufgetragenen Geschäfts oder ein rechtzeitiges Verbot des Propregeschäfts durch den Kommittenten schliessen das Recht des Kommissionärs zum Selbsteintritt wirksam aus.

Es fragt sich nun, was unter rechtzeitig erfolgtem Widerrufe[1]) zu verstehen ist. Hierauf antwortet der Art. 377 des H. G. B., welcher bestimmt: der Widerruf müsse so zeitig erfolgen, dass er beim Kommissionär eintreffe, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrags abgegeben sei. Der Widerruf kann hierbei formlos, auch durch konkludente Handlungen, z. B. durch Anstellung der Klage auf Herausgabe des Kommissionsgutes erklärt werden.[2]) Es steht nach unserer Ansicht auch nichts der Annahme entgegen, dass der Kommittent den Widerruf zurücknehmen kann, doch muss die Zurücknahme den Widerruf überholen oder mindestens gleichzeitig mit ihm eintreffen.[3]) Nach zwei Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[4]) ist der Widerruf aber auch dann als verspätet zu betrachten, wenn der Kommissionär vor dem Eintreffen desselben den Auftrag in äusserlich erkennbarer

---

[1]) Bezw. rechtzeitigem Verbote. Die Grenzen beider fallen zusammen.

[2]) cf. R. O. H. G. V, S. 281.

[3]) cf. v. Hahn, Komt. Art. 377. § 4. S. 525.

[4]) R. O. H. G. V, S. 282. VIII, S. 95.

Weise erfüllt oder mündlich die Ausführung des Auftrags anzeigt.

Andrerseits fordert es die Billigkeit, dass der Selbsteintritt nicht vor der Zeit erfolge, in welcher der Auftrag nach der ausgesprochenen oder aus der Sachlage zu entnehmenden Absicht des Kommittenten frühestens ausgeführt werden sollte.[1]) Dies ist namentlich bei Börsengeschäften von grosser Wichtigkeit, denn bei Erteilung von Aufträgen zu Kommissionen verlangt der Börsengebrauch, dass die Ausführung derselben in der Börsenzeit und meistens in der nächsten Börsenzeit zu geschehen habe. Wenn nun der Kommissionär den Selbsteintritt vor dem vorgeschriebenen Zeitpunkte vollziehen wollte, so könnte dem Selbstkontrahieren keine rechtliche Giltigkeit beigemessen werden, der Kommittent seinerseits könnte vielmehr bis zu jenem Zeitpunkte den Auftrag stets wirksam widerrufen, bezw. den Selbsteintritt des Kommissionärs verbieten.

[1]) Lepa, a. a. O. S. 107—109.

II. Die rechtliche Natur des Selbsteintritts.

§ 5.
Allgemeines.

So wenig Schwierigkeiten die juristische Konstruktion des eigentlichen Kommissionsgeschäfts bereitet, über dessen Mandatsnatur man jetzt fast allgemein einig ist, so verwickelt und schwierig gestaltet sich die Konstruktion des sogen. gemischten Kommissionsgeschäfts nach Art. 376. Das reine Mandatsverhältnis erscheint hier mit dem Propregeschäft vermischt; beide Rechtsgeschäfte, obwohl von Natur aus sehr verschieden, scheinen nebeneinander oder nacheinander ihre in wichtigen Beziehungen sich widersprechenden Wirkungen zu äussern. Das Gesetz selbst spricht sich nicht über die rechtliche Natur dieses eigenartigen Rechtsgeschäfts aus; es stellt nur die Befugnis des Kommissionärs, bei einer bestimmten Art von Waren unter näheren Voraussetzungen als Käufer und Verkäufer einzutreten, auf, gibt ferner dem Kommittenten unter gewissen Umständen die Befugnis, den Kommissionär als Selbstkontrahenten anzusprechen, und setzt einige besondere rechtliche Folgen dafür fest. Der Wissenschaft bleibt es daher überlassen, aus den Gesetzesworten und gesetzlichen Folgen die Rechtsnatur des Selbsteintritts zu bestimmen und zu erklären.

Die älteren Schriftsteller haben, soweit sie überhaupt den Selbsteintritt des Kommissionärs als zulässig erklärten, sich die Sache recht leicht gemacht und von einer Darstellung der rechtlichen Natur ganz abgesehen. Dahingegen ist unter den Schriftstellern nach der Abfassung des H. G. B. die Frage nach der rechtlichen Konstruktion in eingehender Weise er-

örtert worden. Es ist hierbei eine Reihe von Ansichten aufgestellt worden, zwischen deren Vertretern bis auf den heutigen Tag ein lebhafter Streit geführt wird. Die verschiedenen Ansichten lassen sich in zwei Gruppen teilen, welche sich jedoch wiederum in verschiedene Unteransichten spalten. Die eine Gruppe fasst die Kommission nach Art. 376 als eine Komplikation verschiedener Willenserklärungen auf[1]); erst nach der Ausführung bestimme sich der Charakter des ganzen Geschäfts; es werde dann im Falle des Selbsteintritts die Kommission in ein Kaufgeschäft umgewandelt. Die andere Gruppe hält an der Einheit des Kommissionsgeschäfts als eines Mandats fest, und erklärt den Selbsteintritt nur als eine Art der Ausführung.

Zur ersten Gruppe gehören die Theorien:

1. der beiden alternativen Offerten oder der Alternativobligation,
2. der eventuellen Kaufofferte,
3. der beiden bedingten Verträge.

Zur zweiten Gruppe:

1. die Grünhut'sche Theorie,
2. die Theorie v. Hahns.

Im folgenden soll es unsere Aufgabe sein, das Wesen dieser fünf Theorien näher zu beleuchten und sie selbst einer Beurteilung zu unterwerfen; alsdann wollen wir unsere eigene Ansicht über die rechtliche Natur des Selbsteintrittsrechts darlegen und hieraus die hauptsächlichsten Schlussfolgerungen ziehen.

§ 6.

Die Theorie einer Alternativobligation.

In der Praxis wohl kaum noch anerkannt ist die Theorie einer Alternativobligation. Diese erblickt in der Kommission zum Ein- und Verkauf von Waren etc. zwei alternative Offerten, eine Mandats- und Kaufofferte, und lässt daher aus dem Vertrage eine Alternativobligation entstehen.

---

[1]) cf. Schaps a. a. O. S. 29/30.

Die Verteidiger dieser Theorie, Anschütz[1]), Makower[2]), Keyssner[3]), sowie das Reichsoberhandelsgericht[4]) in einzelnen Entscheidungen wollen hierbei ohne Abweichung einfach die Regeln der gewöhnlichen Alternativobligation gelten lassen und verweisen vielfach auf die Analogie des römischen Trödelvertrags, namentlich auf die l. 1 § 1 D. 19,3, welche lautet: „aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.“ Den Charakter der Alternativobligation suchen sie mit dem Gesetzestext in folgender Weise in Einklang zu bringen:

Gleichzeitig mit dem Auftrage zum Ein- und Verkaufe trage der Kommittent dem Kommissionär die Ausführung eines Kommissionsgeschäfts und die eines Propregeschäfts an. Zwischen beiden habe der Kommissionär die freie Wahl; die Ausführung der Kommission solle den Hauptmodus bilden, wie ja auch die äussere Form, in der beide Offerten erschienen, der Kommissionsauftrag sei. Der Kommissionär behalte somit auch bis zur Wahl der zweiten Alternative sämtliche Rechte und Pflichten aus dem reinen Kommissionsgeschäft. Mit dem Selbsteintritte aber trete die Umwandlung der Kommission in das Propregeschäft ein. Der Kommissionär[5]) sei aus einem Mandatar und Vermittler zum direkten Kontrahenten seines Kommittenten inbezug auf das aufgetragene Geschäft geworden. Beide Parteien ständen sich als Käufer und Verkäufer mit allen Rechten und Pflichten derselben einander gegenüber. Allerdings übe die Umwandlung des Geschäfts in ein Propregeschäft keine rückwirkende Kraft aus, sie zerstöre nicht diejenigen Rechte und Pflichten, welche aus dem Kommissionsgeschäfte bis zum Augenblicke der Umwandlung für beide Teile bereits erworben wären, aber diese Rechte und Pflichten wirkten nur für die Vergangenheit, nicht für das Geschäft in seiner

---

[1]) a. a. O. S. 9 ff.

[2]) Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar herausgegeben. 11. Aufl. 1893. Art. 376. S. 489.

[3]) a. a. O. Komt. Art. 376. S. 413.

[4]) R. O. H. G. Erk. XIX, S. 360. XX, S. 327.

[5]) cf. Anschütz a. a. O. S. 15.

neuen Gestalt. Man könne nicht sagen, es sei nur so anzusehen, als ob ein Kommissionsgeschäft überhaupt nicht bestanden habe, sondern die Umwandlung wirke nur ex nunc, nicht ex tunc.“

Was zunächst die Heranziehung des Trödelvertrags anlangt, so muss von einer solchen wegen der grossen Unterschiede zwischen Kommissionsgeschäft und Trödelvertrag abgesehen werden. Der Trödelvertrag, eine „Unterart“ [1]) des mandatum mea et tua gratia, besteht in Hingabe einer Sache an einen anderen mit dem Auftrage, sie zu verkaufen und aus dem Erlöse eine bestimmte Summe (aestimatio) an den Auftraggeber zu zahlen.“ Hiernach darf der Trödler den das Limitum übersteigenden Preis zu eigenem Vorteil behalten; beim Kommissionsgeschäfte kommt dieser aber stets dem Kommittenten zugute. Beim Trödelvertrage geht die Alternative auf rem redde aut praesta aestimationem; es soll entweder die Sache restituiert oder deren limitierter Preis dem Auftraggeber geleistet werden; bei der Verkaufskommission handelt es sich aber stets um die Leistung der limitierten Summe, die durch den Kommissionär allerdings in rechtlich verschiedener Qualifikation, als Mandatar oder Selbstkontrahent, erfolgen kann. Inbetreff der Gefahrtragung herrscht beim Trödelvertrage Streit, und ist hierüber auch keine Entscheidung aus den Quellen zu ersehen, da sich dieselben in zwei Stellen [2]) widersprechen; aus inneren Gründen ist die Haftung für Zufall dem Trödler nur dann aufzuerlegen, wenn er den Anstoss zum Geschäfte gegeben hat.[3]) Beim Kommissionsgeschäfte hingegen haftet der Kommissionär nach Art. 367 des H. G. B. stets für Verlust und Beschädigung des Gutes, während er Aufbewahrer desselben ist, wenn er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch Umstände herbeigeführt ist, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abgewendet werden konnten.

---

[1]) Baron, Pandekten. 8. Aufl. 1893. § 307. S. 551.

[2]) l. § 1 D. h. t. XIX, 3 u. l. 17 § 1 D. de praeser. v. XIX, 5.

[3]) Baron a. a. O. § 307. S. 551.

Aber selbst abgesehen von diesen Bedenken ist die Auffassung des gemischten Kommissionsgeschäfts als einer Alternativobligation schon an sich unrichtig. Es sollen dem Kommissionär zwei verschiedene Rechtsgeschäfte alternativ aufgetragen sein. Die Acceptation eines derselben erfolgt zweifellos in dem Augenblicke, wo er die Wahl trifft und sich zur Ausführung der Kommission oder zum Selbsteintritt entscheidet. In der Zeit zwischen der gestellten Offerte und der erfolgten Acceptation, d. h. zwischen der Erteilung des Auftrags zum Kommissionsgeschäft und der Wahl eines Ausführungsmodus seitens des Kommittenten würde kein Vertrag zustande gekommen, also auch keine Verpflichtung des Kommissionärs anzunehmen sein. Dies würde aber der Intention des Art. 361 des H. G. B. widersprechen. „Es bliebe also nur übrig", wie Schaps[1]) richtig bemerkt, „die schon durch den Kommissionsauftrag begründete Obligation als eine Verpflichtung des Kommissionärs zum Wählen einer Alternativen aufzufassen."

Trotzdem also bis zur Ausübung des Wahlrechts noch keine der beiden Alternativen den Kommissionär verpflichten kann, treten doch schon Vorwirkungen der einen[2]) zu Tage, die sogar bestehen bleiben, wenn die andere thatsächlich gewählt wird. Diese auffällige Erscheinung wollen die Vertreter der Theorie damit erklären, dass die Kommissionsobligation die primäre sei und die Kaufobligation nur als ein Eventuale erscheine, sodass eine „Umwandlung" des Geschäfts im Falle des Selbsteintritts stattfinde. Dies widerspricht aber auf das Entschiedenste dem Grundsatze der Alternativobligation; denn hier stehen die Alternativen einander gleichberechtigt gegenüber.

Überhaupt unterscheidet sich die Alternativobligation von der Kommission nach Art. 376 ganz wesentlich. Bei der Alternativobligation sind beide Leistungen sofort, und von vornherein in obligatione, jedoch nur eine Leistung in solutione. Der Gläubiger hat auf beide ein Forderungsrecht; ist daher die eine Leistung aus irgend einem Grunde unmöglich ge-

[1]) a. a. O. S. 31, 32.

[2]) Z. B. Ausführungs- und Anzeigepflicht nach Art. 361.

worden, so muss der Schuldner die zweite Leistung bewirken Bei dem Selbsteintrittsrecht des Art. 376 liegt die Sache aber anders. Hier ist der Kommissionär, wenn er den Auftrag angenommen hat, bloss zu einer Leistung, nämlich der Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts, verpflichtet. Er ist aber berechtigt, diese Leistung in einer rechtlich verschiedenen Qualifikation, entweder als Kommissionär oder als Selbstkontrahent, zu erfüllen. Ist die eine Art der Erfüllung nicht möglich, so ist der Kommissionär nicht verpflichtet, in der anderen Art die aufgetragenen Waren einzukaufen bezw. zu verkaufen. Ferner ist das Wahlrecht, welches bei der Alternativobligation dem Schuldner freistehen muss, hier durch das in Art. 377 Abs. 3 dem Kommittenten gewährte Recht sachlich und durch das Widerrufsrecht des Art. 377 auch zeitlich beschränkt. Schliesslich wird bei der Alternativobligation dem Schuldner ein Variationsrecht derart gewährt, dass er bis zur vollständigen Leistung von der getroffenen Wahl abgehen darf; im vorliegenden Falle des Art. 376 muss sich der Kommissionär spätestens im Momente der Absendung der Ausführungsanzeige für eine Art der Ausführung entschieden haben und darf von der getroffenen Wahl nicht mehr abgehen.

Wenn schliesslich Anschütz mit einer Umwandlung ex nunc und nicht ex tunc erklären will, dass nach erfolgtem Selbsteintritt gewisse Wirkungen des Kommissionsgeschäfts, wie die Anzeige- und Rechenschaftspflicht, bestehen bleiben, so vermag er doch mit dieser „Umwandlung“ in ein Propregeschäft nicht zu erklären, weshalb nach dem Selbsteintritt gewisse dem Kommissionsgeschäft eigentümliche, vorher noch nicht begründete Rechtsverhältnisse, wie der Anspruch auf Provision und das gesetzliche Pfandrecht, entstehen können.

§ 7.

Die Theorie der eventuellen Kaufofferte.

Schon einen wesentlichen Fortschritt gegenüber der vorigen bedeutet die Theorie der eventuellen Kaufofferte. Sie hat an

Gad[1]), Lepa[2]), C. F. Koch[3]), Fick[4]), in neuester Zeit an Rümelin[5]) eifrige Verfechter gefunden und auch in zahlreichen Entscheidungen[6]) der höchsten Gerichtshöfe lange Jahre eine herrschende Rolle gespielt.

Nach dieser Theorie begründet jeder den Selbsteintritt zulassende Auftrag vom Augenblicke der Übernahme an das Mandatsverhältnis als ein prinzipales, enthält aber zugleich eine Offerte zum Abschlusse eines Propregeschäfts nach Massgabe des stehenden Marktpreises. Diese Offerte wird durch die ausdrückliche Erklärung des Selbsteintritts oder durch eine generelle Meldung der Kommissionsausführung[7]) acceptiert. Durch den Akt der Acceptation geht das Rechtsverhältnis aus einem Mandat in ein Kaufgeschäft über, jedoch unbeschadet der bereits durch ersteres begründeten Rechte und Pflichten. Rümelin[8]) konstruiert etwas anders, kommt aber zu demselben Ergebnisse: es liegen nach ihm zwei Offerten vor, welche in dem Verhältnisse zu einander stehen, dass die eine, die Mandatsofferte, acceptiert werden kann, ohne dass die Offerte zum Propregeschäft dadurch zerstört wird; dass aber das Mandat resolutiv bedingt ist durch das Accept der Offerte zum Propregeschäft.

Wollen wir die Vorzüge und Nachteile dieser Theorien kennen lernen, so folgen wir am besten der Kritik Lepas. Die Theorie, so führt letzterer[9]) aus, erkläre zur Genüge die Regeln über den Vollzug des Selbsteintritts. Der Kommissionär könne dem Kommittenten unmöglich eine Obligation aufdringen,

---

[1]) a. a. O. S. 234 ff.

[2]) a. a. O. S. 262 ff.

[3]) a. a. O. S. 566/577. Art. 376. Anm. 43a.

[4]) Fick, Über börsenmässige Lieferungsverträge. 1871. S. 21.

[5]) Rümelin, M., Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. 1888. S. 250 ff.

[6]) cf. R. O. H. G. Erk. V, S. 21. VIII, S. 96. VI, S. 184. XII, S. 187. XIX, S. 52. XXII, S. 160—63.

[7]) Zwischen den Verfechtern dieser Theorie besteht ein Streit darüber, ob die Anzeige des Selbsteintritts spezialisiert sein müsse oder nicht. Wir haben diese Streitfrage früher behandelt, s. S. 12/13.

[8]) a. a. O. S. 250/51.

[9]) a. a. O. § 9. S. 262—66.

die dieser nicht wolle. Der Kommittent müsse also die Absicht gehabt haben, eventuell vom Kommissionär zu kaufen oder an ihn zu verkaufen und müsse diese Absicht im Auftrage dem Kommissionär erklärt haben. Durch die Erklärung des Selbsteintritts würde diese Offerte acceptiert und so der Vertrag zwischen beiden geschlossen. Grünhuts Einwand, dass bei der Unterstellung einer eventuellen Offerte das Interesse des Kommittenten der Willkür des Kommissionärs preisgegeben werde, müsse als ausgeschlossen betrachtet werden, da der Kommissionär bis zur Vollziehung des Propregeschäfts noch als Mandatar hafte.

Mit dieser Theorie liessen sich auch die meisten Grundsätze über Verträge im Handelsrechte, wie Art. 320, 321 und 322, in Einklang bringen.

Ebenso würden die Wirkungen, welche das H. G. B. an den Selbsteintritt knüpfe, die Auffassung desselben als eines zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär vollzogenen Kaufgeschäfts erklärt. Denn es ergebe sich daraus, dass der Kommissionär vom Momente des Selbsteintritts an alle Rechte und Pflichten eines Käufers bezw. Verkäufers habe. Für den Anspruch auf Provision lasse sich eine Analogie bei der Preisvereinbarung beim Lieferungsgeschäfte finden, wo „der Verkäufer neben einem festbedungenen oder noch zu ermittelnden Selbstanschaffungspreise einen in Prozenten bestehenden Zuschlag als Entgelt für die jedem Handelsbetriebe innewohnende Vermittlerthätigkeit empfange."

Indessen muss Lepa den Einwand Grünhuts, dass bei der Unterstellung einer eventuellen Offerte eine Vermengung von Kauf und Kommission stattfinde, als richtig zugeben. Dies ist auch das Hauptargument, welches die übrigen Gegner dieser Theorie, vor allem Abraham[1]) und Schaps[2]), gegen dieselbe geltend machen. Durch die Annahme einer eventuellen Kaufofferte werde das richtige Verhältnis des Auftrags zum Propregeschäft in arge Verwirrung gebracht. Die beiden Rechts-

[1]) a. a. O. S. 16/17.
[2]) a. a. O. S. 36/37.

institute seien so sehr von einander verschieden, dass sie allenfalls nebeneinander, aber nicht ineinander bestehen könnten. Mit der Acceptation des Mandats durch den Kommissionär sei es durchaus unverträglich, demselben die Befugnis einzuräumen, dasselbe nicht auszuführen und durch ein anderes Rechtsverhältnis zu ersetzen. Auf diese Weise verleugne der Mandant das Mandat selbst. Wenn man wirklich eine solche Kaufofferte annehmen wolle, so könne dies nur die Bedeutung haben: „Sei Kommissionär oder wenn Du willst, schliesse selbst ab“; es läge also, wenn der Kommissionär die eventuelle Offerte annähme, überhaupt kein Kommissionsvertrag, sondern ein einfaches Kaufgeschäft vor, und es wäre unerfindlich, weshalb überhaupt irgend eine der gesetzlichen Bestimmungen vom Kommissionsgeschäfte Geltung haben sollten.“

Ferner spricht gegen die Annahme einer Offerte überhaupt, dass einzelne Grundsätze, welche das H. G. B. über die Offerte zu Handelsgeschäften aufstellt, im vorliegenden Falle nicht zutreffen. Lepa gibt dies auch selbst zu und führt die Art. 318 und 319 an. Hiernach soll der Antragende unter Anwesenden nur dann gebunden sein, wenn die Annahmeerklärung sofort gegeben wird, unter Abwesenden nur bis zu dem Zeitpunkte, „in welchem er bei ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf.“ Die im Kommissionsauftrage des Art. 376 enthaltene Offerte bindet aber den Kommittenten so lange, als sie nicht zurückgezogen wird, was entweder durch Widerruf der Kommission oder durch nachträgliche Untersagung des Selbsteintritts geschehen kann. Hieraus folgt: einerseits muss der Kommittent unter Anwesenden den Selbsteintritt auch dann gelten lassen, wenn die Offerte dazu nicht sofort acceptiert wird, vorausgesetzt natürlich, dass er selbst nicht den ganzen Auftrag sofort widerruft oder den Selbsteintritt verbietet; andrerseits ist er nicht bis zu dem in Art. 319 bezeichneten Zeitpunkte gebunden, er kann vielmehr die Kommission und mit ihr auch die Offerte zum Kaufabschlusse sofort widerrufen, natürlich wirksam nur, sofern der Selbsteintritt durch die Absendung der Anzeige seitens des Kommissionärs noch nicht

vollzogen ist. „Der Art. 319 des H. G. B. steht auf dem Boden einer modifizierten Empfangstheorie, Art. 377 dagegen würde sich offenbar auf die Äusserungstheorie stützen.[1])

Schliesslich vermag aber auch diese Theorie nicht den Umstand zu erklären, weshalb bei Annahme der Kaufofferte durch den Kommissionär nicht nur gewisse durch den Kommissionsauftrag bereits entstandene Rechte und Pflichten bestehen bleiben, sondern sogar noch neue hinzutreten, welche sich nur aus dem Mandatsverhältnisse ergeben können, nämlich das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs und sein Anspruch auf Provision und sonstige Unkosten. Den Einwand betreffend das Pfandrecht nach Art. 374 sucht Lepa dadurch zu entkräften, dass er sagt, „die Waren, welche der Kommissionär aufgrund des Selbsteintritts besitze, hätten die Eigenschaft von Kommissionsgut", und deshalb stehe dem Kommissionär an den Waren, welche er in Ausführung einer Einkaufskommission selbst an den Kommittenten verkaufe, das Pfandrecht und das Verkaufsrecht gemäss Art. 374 und 375 zu.

Mag man auch diese Verteidigung Lepas betreffend das Pfandrecht gelten lassen, so bleibt doch noch der Anspruch des Kommissionärs auf Provision und Auslagenersatz unerklärt, und wir können uns nicht denken, wie derselbe mit der obigen Theorie zu vereinigen ist, da er nicht mit der Übernahme der Kommission entstanden sein kann, sondern erst mit ihrer Ausführung hätte entstehen können.

Rümelin[2]) indessen versucht neuerdings wieder diese Offertentheorie zu retten: Man gehe von einer unrichtigen Anschauung aus, wenn man annehme, dass die Offerte zum Propregeschäfte notwendig den Charakter einer gewöhnlichen Offerte tragen müsse; man müsse sich vielmehr vergegenwärtigen, dass die Möglichkeit für den Bevollmächtigten, die Offerte zum Propregeschäfte zu acceptieren, an mancherlei Bedingungen geknüpft und das zustande kommende Geschäft mancherlei Modifikationen unterworfen sein könne. So könne es beispielsweise

---

[1]) cf. Schaps a. a. O. S. 37.

[2]) a. a. O. S. 254/55.

dem Willen der Parteien entsprechen, dass der Kommissionär nur unter Beobachtung der Pflichten eines Mandatars die Offerte zum Propregeschäfte solle acceptieren können und durch seine Entscheidung für das Propregeschäft bestimmte weitere Verpflichtungen auf sich nehmen müsse, welche die sonst aus dem Propregeschäft sich ergebenden Rechtsbeziehungen modifizierten.

Mit dieser Gegendeduktion Rümelins lässt sich allerdings anscheinend vieles erklären, so u. a. das Fortbestehen und Entstehen von Rechten und Pflichten aus dem Mandatsverhältnisse nach Vollzug des Selbsteintritts, sowie die Nichtanwendbarkeit des Art. 318 und Art 319. auf die eventuelle Kaufofferte des gemischten Kommissionsgeschäfts. Aber mit Recht führt Salmann[1]) dagegen an: „wenn Rümelin so argumentiere, so bewege er sich in einem circulus vitiosus. Denn einmal solle die Acceptation der Propregeschäftsofferte auf das Kommissionsgeschäft als Eintritt einer Resolutivbedingung, also zerstörend, wirken, und dann solle eben diese Acceptation nur unter Bestehenbleiben der Rechte und Pflichten aus dem Kommissionsgeschäft, ja unter Begründung neuer Rechte und Pflichten erfolgen!“

§ 8.

Die Theorie der beiden bedingten Verträge.

Scheinbar allen Anforderungen entspricht die von Dernburg[2]) aufgestellte, von Abraham[3]) weiter ausgeführte Theorie der beiden bedingten Verträge.

Dernburg erblickt in der Erteilung der Kommission eine eventuelle Offerte zu einem Propregeschäft in der Weise, dass die Offerte seitens des Kommissionärs schon von Anfang an durch Übernahme der Kommission unter einer Bedingung acceptiert und diese Bedingung durch die rechtzeitige Erklärung

---

[1]) Salmann, Die persona duplex in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 41. Separatabdruck. S. 15.

[2]) Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 2. Aufl. 1880. 2. Bd. § 187. S. 472 ff.

[3]) a. a. O. S. 22/23.

des Kommissionärs, Selbstkontrahent sein zu wollen, erfüllt würde. Die Bedingung würde einen gemischten Charakter haben; sie ist protestativ, insofern als sie in der Erklärung des Kommissonärs, Selbstkontrahent sein zu wollen, besteht, kasuell, insofern als diese Erklärung objektiv rechtzeitig, d. h. bevor ein Widerruf eintrifft, abgesandt sein muss. Grünhut[1]) verwirft diese Auffassung aus dem Grunde, weil, falls der Kommissionär den Namen des dritten Kontrahenten verschweige und der Kommittent ihn dann aufgrund des Art. 376 Abs. 3 als Selbstkontrahenten in Anspruch nehme, die Erfüllung der Bedingung, damit diese nicht für den Kommittenten zu lange in Schwebe bleibe, zu gunsten desselben durch das Gesetz als fingiert anzusehen sei."

Abraham erkennt diesen Einwand an sich als begründet an und sucht dadurch Abhilfe zu schaffen, dass er bei der Konstruktion Dernburgs der einen Bedingung, der rechtzeitigen Erklärung des Selbsteintritts, noch eine zweite, die Inanspruchnahme des Kommissionärs auf Grund des Art. 376 Abs. 3, hinzufügt. Die Konstruktion des gemischten Kommissionsgeschäfts stellt sich nach Abraham folgendermassen dar: Infolge der Übernahme des Kommissionsauftrags durch den Kommissionär wird ein resolutiv bedingtes Mandatsverhältnis ins Leben gerufen, zugleich aber auch der Grund für ein suspensiv bedingtes Kaufverhältnis gelegt. Es besteht also zunächst das Kommissionsverhältnis; vom Kaufe ist nur eine spes vorhanden. Wenn nun der Kommissionär seinen Eintritt erklärt oder der Kommittent von seiner Befugnis nach Art. 376 Abs. 3 Gebrauch macht, so wird hierdurch die Bedingung erfüllt. Das Kommissionsverhältnis erlischt, und es tritt zugleich das Kaufverhältnis in Wirksamkeit; jedoch bleiben die durch das erstere begründeten Rechte und Pflichten bestehen.

Mit dieser Konstruktion glaubt Abraham allen Anforderungen zu genügen und namentlich „die vielerlei Bedenken erledigt zu haben, welche man gegen den scheinbar

[1]) a. a. O. S. 489/90.

grellen Widerstreit zwischen der gesetzlichen Bestimmung und den Mandatsgrundsätzen, die eine ausschliessliche Thätigkeit im Interesse des Mandanten erfordern, vorgebracht hat"; denn ein solcher Widerspruch werde vermieden, weil das Auftragsverhältnis im Momente des Selbsteintritts überhaupt sein Ende erreiche.

Mit grossem Geschick versteht es Abraham auch die von Lepa [1]) gegen seine Theorie vorgebrachten Einwände zu widerlegen. Wenn Lepa sagt, dass der Kommissionär zum Selbsteintritt alternativ verpflichtet sein müsse, was jedoch schon dem Wortlaute des Art. 376 widerspreche, so erwidert Abraham mit Recht, dass eine Verpflichtung durch den Charakter der Protestativbedingung ausgeschlossen werde. Ebenso wenig stichhaltig ist der Einwand Lepas, dass zur Zeit der Übernahme des Auftrags der Inhalt des Ausrichtungsgeschäfts noch gar nicht feststehe. Denn nach Abraham kommt es vorläufig gar nicht auf diesen Inhalt an, sondern nur darauf, dass überhaupt der Kaufabschluss die resolutive Bedingung für das Mandat bilde. Schliesslich führt Lepa noch das einseitige Widerrufsrecht des Kommittenten als Gegenargument an. Abraham erklärt aber dasselbe für bedeutungslos, da nicht der Kauf, sondern das durch den Kauf bedingte Mandat widerrufen werde. Schaps [2]) unterstützt diese Beweisführung Abrahams und wirft Lepa vor, er übersehe, dass die Bedingung nicht die Erklärung des Selbsteintritts überhaupt, sondern die rechtzeitig abgegebene Erklärung zum Inhalt habe. Würde diese rechtzeitig abgegeben und so die Bedingung erfüllt, so bestehe das Kaufgeschäft, sodass ihm auch kein nachträglicher Widerruf schaden könne. Der Widerruf jedoch, welcher noch vor Abgabe der Erklärung eintreffe, betreffe überhaupt nicht das Kaufgeschäft; denn dieses sei ja noch gar nicht entstanden, sondern das durch den Kauf bedingte Mandat.

So einleuchtend diese Theorie auch auf den ersten Blick scheinen mag, so hat sie doch in der Theorie und Rechts-

[1]) a. a. O. S. 261.
[2]) a. a. O. S. 41.

sprechung fast gar keine Anhänger gefunden.[1]) Die Theorie der beiden bedingten und, fügen wir hinzu, sich gegenseitig bedingenden Verträge leidet nämlich an denselben Fehlern, wie die beiden vorhergehenden Theorien. Sie vermag nicht in genügender Weise zu erklären, weshalb trotz der Perfektion des Kaufgeschäfts gewisse Rechte und Pflichten des Kommissionärs aus dem Mandate nicht nur bestehen bleiben, sondern nach der angeblichen Auflösung desselben noch neu begründet werden. Wenn Dernburg zur Rettung dieser Theorie eine Umwandlung ex nunc, nicht ex tunc, wie Anschütz vornimmt, so müssen wir ihm dasselbe wie oben Anschütz erwidern, dass man hiermit eventuell die Rechenschaftspflicht des Kommissionärs, niemals aber seine Rechte und Pflichten erklären könne, welche überhaupt erst mit der Ausführung des Mandats begründet werden könnten.

§ 9.

Die Grünhut'sche Theorie.

Auf einem ganz verschiedenen Standpunkte als die drei behandelten Theorien steht die von Grünhut aufgestellte und eingehend entwickelte Theorie. Sie verlässt vor allem den Boden des Umwandelungsgeschäfts und baut sich auf der eigenartigen Idee eines Kontrahierens mit sich selbst auf. Dieselbe bedarf wegen dieser Eigenart einer eingehenden Erörterung.

In seinem grundlegenden Werke „Das Recht des Kommissionshandels" nimmt Grünhut[2]) folgende Konstruktion an: „Jede Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, gilt, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, kraft Rechtsnotwendigkeit als fakultativ rücksichtlich des Modus der Ausführung, sodass der Kommissionär

---

[1]) Auch Dernburg hat dieselbe neuerdings aufgegeben und sich nunmehr zur Grünhut'schen Theorie bekannt; cf. Pr. Privatrecht. 3. Aufl. 1882. § 187. S. 516/17.

[2]) a. a. O. 467—470.

aufgrund des Kommissionsvertrags ipso iure die alternative Befugnis (facultas alternativa) eingeräumt erscheint, nach seiner Wahl entweder das aufgetragene Kaufgeschäft mit einer dritten Person abzuschliessen oder in Beziehung auf dasselbe selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten.“ Der Kommissionär ist demnach in der Lage, die Verbindlichkeit, das aufgetragene Geschäft mit dritten abzuschliessen d. h. diejenige Leistung, auf welche der Kommittent allein ein Recht hat, durch eine bestimmte andere Leistung, nämlich durch den Geschäftsabschluss mit sich selbst, zu ersetzen. Nur die erstere Leistung ist in obligatione, aber beide Leistungen sind in solutione; der Kommissionär wird auch durch die letztere Leistung befreit. Das Verhältnis zwischen den beiden (Obligationen) Alternativen stellt sich aber so dar, dass die eine, die Ausführung der Kommission durch Abschluss mit einem dritten, als der Hauptmodus der Ausführung, auf welche der Kommittent ein klagbares Recht hat, erscheint, dass aber die andere Alternative, der Selbsteintritt des Kommissionärs, lediglich als ein Recht, niemals als eine Pflicht des Kommissionärs anzusehen ist. Wenn nun der Kommissionär von der ihm gesetzlich zustehenden Befugnis Gebrauch macht und den Selbsteintritt wählt, so wird der Kommissionär durch diese Selbstübernahme des aufgetragenen Geschäfts Käufer oder Verkäufer, aber in gleicher Weise, wie es der dritte Kontrahent geworden wäre, wenn der Kommissionär mit einem solchen das Geschäft abgeschlossen hätte. Er ist daher so zu behandeln, als ob er in seiner Person die doppelte Eigenschaft des Käufers und Verkäufers vereinige; er gilt bei der Einkaufskommission zugleich als Verkäufer für seine eigene Rechnung und als Käufer im Auftrage und für Rechnung des Kommittenten; bei der Verkaufskommission zugleich als Käufer für seine eigene Rechnung und als Verkäufer im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten. Das Mandatsverhältnis selbst wird aber in keiner Weise von dem Selbsteintritt berührt, der Kommittent darf also nicht als Käufer oder Verkäufer in das aufgetragene Geschäft hineingezogen werden. Es werden daher zwischen dem Kommittenten und Kom-

missionär auch keine Klagen aus dem Kaufgeschäft direkt begründet, während der Kommittent befugt ist, seine Forderungen aus dem Kaufvertrage mit einer actio utilis emti, venditi gegen den Kommissionär in dessen Eigenschaft als eines dritten Kontrahenten geltend zu machen.

So Grünhut. Seine Theorie[1]) ist allerdings geeignet, manche rechtliche Wirkungen zu erklären, welche die früher angeführten Theorien unerklärt lassen; sie scheint auch dem Wortlaute des Gesetzes am meisten zu entsprechen. Die im Art. 376 erwähnte Pflicht und Rechnungslage, das Recht auf Provision und Auslagenersatz sind Grundsätze, die sich aus dem Wesen der Kommission ergeben. Die Grünhut'sche Theorie lässt es auch begreiflich erscheinen, dass der Kommissionär einfach die „Ausführung des Auftrages" in einer Form meldet, als ob ein Geschäft mit Dritten abgeschlossen wäre, und dass schliesslich der Selbstkontrahent noch da, wo ihm bereits eine andere Bezeichnung zukommt, noch Kommissionär genannt wird.

Gegen diese Theorie werden aber auch von Lepa eine Reihe von Bedenken vorgebracht. Zunächst sei es in der Praxis gebräuchlich, dass der Kommissionär, um seinen Selbsteintritt anzuzeigen, einen Brief an den Kommittenten absende mit den Worten: „Ich kaufte heute von Ihnen; ich verkaufte heute an Sie," was gar nichts anderes als den Abschluss eines Kaufgeschäfts zwischen dem Kommittenten und Kommissionär vermuten liesse. — Wenn ferner Grünhut die Gesetzesworte: „der Kommissionär ist befugt, das Gut selbst als Verkäufer zu liefern oder als Käufer für sich zu behalten" so auslegen wollte, als ob der Kommissionär befugt sein solle, das Gut als Verkäufer an sich zu liefern und als Mandatar des Kommittenten an sich zu verkaufen, so erscheine diese Interpretation als sehr gekünstelt. Das natürlichste sei doch, den Kommissionär als Käufer und Verkäufer im Verhältnis zum Kommittenten anzunehmen. Dies gehe schon aus dem Art. 376 Abs. 3 hervor, wonach der Kommittent befugt wäre,

[1]) cf. Lepa a. a. O. S. 223 ff.

den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen. Unzweifelhaft erscheine dies aber, wenn man den Art. 385 des H. G. B. betrachte, wonach der Spediteur, welcher doch eine Unterart des Kommissionärs ist, wenn er den Transport der Güter selbst ausführe, zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers haben solle. Aus dem „zugleich" müsse aber geschlossen werden, dass der Spediteur als Selbstkontrahent die Rechte und Pflichten eines Frachtführers gegen dieselbe Person habe, gegen welche ihm die Rechte und Pflichten eines Mandatars zuständen und oblägen, d. i. gegen den Kommittenten.

Abgesehen von Lepa wird auch von anderen eingewendet, dass man die Theorie Grünhuts nicht aufrecht erhalten könne, da sie sich auf ein sehr bestrittenes Fundament gründe, mit dessen Zusammenbruch auch sie fallen müsse. Sie stützt sich nämlich auf die Möglichkeit des Kontrahierens einer Person mit sich selbst, ein Satz, über den es in der Doktrin viele Kontroversen gibt.

Was die frühere gemeinrechtliche Praxis anlangt, so findet sich in ihr eine Reihe von Entscheidungen[1]), welche von einer in der Natur der Sache begründeten Unmöglichkeit des Vertragsabschlusses mit sich selbst reden und nur in wenigen Ausnahmefällen eine solche zulassen wollen.

Erst Römer[2]) erklärte es für psychologisch recht wohl möglich, dass durch Willenserklärungen nur einer Person Rechte und Pflichten zwischen zwei Vermögenskomplexen, über welche jener Person die Verfügung zustehe, begründet würden, und folgert daraus, dass man in Fällen der direkten Stellvertretung das Selbstkontrahieren prinzipiell anerkennen müsse.

Den Ausführungen Römers hat sich das Reichsgericht in zwei Entscheidungen[3]) angeschlossen; ebenso erklären

---

[1]) cf. die bei Rümelin a. a. O. S. 3 und 4 aufgeführte Litteratur.

[2]) Römer, Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 19. 1874. S. 67 ff.

[3]) R. G. Erk. VI, S. 11; VII, S. 119 u. 120.

Dernburg[1]), v. Hahn[2]), Behrend[3]), Mitteis[4]) u. Heise[5]) ein Kontrahieren des direkten Stellvertreters in fremden Namen mit sich selbst für begrifflich möglich.

Gegen jenes Prinzip haben sich ganz entschieden ausgesprochen Bechmann[6]), Lepa[7]) und Muskat.[8]) Bei ihrer Polemik gehen diese drei von der Ansicht aus, dass die Einigung zweier selbstständiger Willen, wie sie beim Vertrage erforderlich sei, beim Selbstkontrahieren nicht zutreffe; denn hier könne psychologisch immer nur ein Willensentschluss gefasst werden, wenn derselbe auch aufgrund einer Ausgleichung widerstrebender Erwägungen gefasst würde. „Seine Seele in zwei Hälften teilen und diese Hälften mit einander kontrahieren lassen, könne aber der Stellvertreter so wenig wie ein anderer Mensch." Daraus ergebe sich die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit des Selbstkontrahierens. Lepa führt noch weiter aus: es gehöre zum Zustandekommen eines Vertrags auch noch die Willenserklärung zweier Personen; diese sei aber beim Selbstkontrahieren völlig undenkbar, da eine Erklärung gegen sich selbst unmöglich rechtlich bindend sein könne und auch die Windscheid'sche[9]) Lehre von der verpflichtenden Wirkung der Willenserklärungen, welche dritten Personen gegenüber abgegeben würden, nicht annehmbar sei. Dann müsse aber auch wegen der Kollision der Interessen die

---

[1]) Dernburg, Vormundschaftsrecht. 2. Aufl. § 79. A. 5. S. 204.

[2]) v. Hahn, Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 29. 1883. S. 2 ff.

[3]) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Bd. 1881. § 49. Anm. 3. S. 344/45.

[4]) Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Recht. 1885. § 23. Z. VI, S. 197/98.

[5]) Heise, Handelsrecht. 1858. S. 42 (3). S. 44 (3).

[6]) Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 2. Teil. 1884. System des Kaufs. S. 286 ff.

[7]) a. a. O. S. 226—254.

[8]) Muskat, Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 33. S. 507—544.

[9]) Windscheid, Pandekten-Recht. 2. Bd. 5. Aufl. 1882. § 309, 3. S. 191.

Vertragsschliessung mit sich selbst unzulässig erscheinen, denn auch hier sei der Grundsatz massgebend, dass wer das Interesse der einen Partei befördern wolle, der andern entgegen arbeiten müsse.

Die herrschende Ansicht in der Doktrin erklärt also das Kontrahieren des direkten Stellvertreters mit der eigenen Person für zulässig, verwirft aber das Selbstkontrahieren des indirekten Stellvertreters, da infolge des Vorhandenseins nur eines Willens ein Vertragsschluss, ein duorum in idem placitum et consensus, unmöglich sei.

Nur Rümelin[1]), welcher das Selbstkontrahieren als ein einseitiges Rechtsgeschäft mit Vertragswirkungen auffasst, lässt auch bei dem indirekten Stellvertreter den Vertragsschluss mit der eigenen Person in einem gewissen Sinne, d. h. als Wahrscheinlichkeitsschluss, gegen den ein Gegenbeweis geführt werden kann, gelten. Er gibt daher auch die Möglichkeit der Grünhut'schen Theorie zu[2]), will aber derselben die Konstruktion mit der Kaufofferte vorziehen, „da der Gedanke eines Selbstkontrahierens bei einer Person, die sonst nur als indirekter Stellvertreter auftritt, ferner liege und auch im einzelnen die sonst für das Selbstkontrahieren aufgestellten Sätze nicht vollständig auf den Selbsteintritt des Kommissionärs passten."

Die Rümelin'sche Ansicht wird von Eck in seiner Rezension[3]) bekämpft: das römische Recht, von dem Rümelin ausgehe, habe den Vertragsbegriff nicht so weit ausgedehnt, um als Vertrag auch Abmachungen des Stellvertreters mit sich selbst gelten zu lassen. Da aber keine Abänderung durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz erfolgt sei, so stände auch das moderne Privatrecht auf dem Boden des älteren römischen Rechts, also auch auf dem Grundsatze der Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens.

Hierauf ist aber zu entgegnen, dass Eck im Irrtum ist, wenn er bei der Stellvertretung noch die Grundsätze des

---

[1]) a. a. O. S. 257.

[2]) a. a. O. S. 23.

[3]) Eck, Besprechung von Rümelin, Selbstkontrahieren des Stellvertreters in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 39. 1891. S. 265 ff.

römischen Rechts angewandt wissen will; denn gerade hierin steht die moderne Gesetzgebung auf dem entgegengesetzten Standpunkte. In Preussen ist allgemein anerkannt, dass die nach § 1 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 vorgeschriebene Auffassung durch einen Bevollmächtigten des Veräusserers und Erwerbers vollzogen werden könne, dass man daher auch an sich selbst auflassen könne.[1]) Naturgemäss ist hierbei eine Kollision der Interessen zu vermeiden. Unter gewissen Voraussetzungen ist auch im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches[2]) das Selbstkontrahierungsrecht des Stellvertreters anerkannt. Im § 149 ist dem Stellvertreter gestattet, im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, falls das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Da das letzte Erfordernis bei dem gemischten Kommissionsgeschäft zutrifft und eine Interessenkollision durch die Bestimmung, dass die Waren pp. einen bestimmten Börsenpreis hätten, vermieden wird, so muss man ein Selbstkontrahieren des eintretenden Kommissionärs grundsätzlich als rechtlich zulässig anerkennen. Dennoch ist die Grünhut'sche Theorie zu verwerfen, weil sie lediglich ein Versuch ist, die Vorgänge zu erklären, während sie den thatsächlichen Verhältnissen absolut nicht entspricht. Ein Kontrahieren mit sich selbst findet beim Selbsteintritt in Wirklichkeit überhaupt nicht statt.

Grünhut[3]) scheint dies auch selbst herauszufühlen, sucht aber seine Theorie dadurch zu retten, dass er annimmt, formell sei freilich der Kommissionär Schuldner und Gläubiger in einer Person, materiell aber werde der Kommittent Gläubiger und Schuldner. Mit Recht halten aber v. Hahn[4]) und Abraham[5]) an dieser Stelle Grünhut entgegen, dass man mit

---

[1]) cf. Johow, Entscheidungen des Kammergerichts. Bd. 4. 1885. S. 150.

[2]) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Lesung. 1894.

[3]) a. a. O. S. 486. Anm. 37.

[4]) a. a. O. in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. 29. S. 4.

[5]) a. a. O. S. 12.

einem wenn auch nur formell undenkbaren Rechtsverhältnisse nicht operieren dürfe.

Die Theorie Grünhuts hat auch wenig Anklang gefunden. In der Doktrin hat sich ihr nur Hanausek[1]) angeschlossen; das Reichsgericht scheint ihr in einem Erkenntnisse[2]) zuzustimmen.

§ 10.

Die Theorie v. Hahns.

Im Gegensatze zu denjenigen Konstruktionen, welche zunächst den Inhalt des Vertragswillens der kontrahierenden Personen zu erforschen suchen und hieraus weiter konstruieren, will v. Hahn[3]) eine Konstruktion unmittelbar aus dem Gesetze selbst in folgender Weise durchführen: Wenn der Kommissionär von seiner ihm in Art. 376 eingeräumten Befugnis Gebrauch mache, so führe er die Kommission in sich aus. Der Selbsteintritt sei nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrages, wie dies auch das Gesetz in Abs. 2 des Art. 376 mit den Worten „zur Zeit der Ausführung des Auftrags“ ausdrücke.[4]) Die Art der Ausführung sei aber nichts anderes als ein innerhalb des Kommissionsgeschäfts zwischen dem Kommittenten und Kommissionär abgeschlossenes Kaufgeschäft. Obwohl der Satz des Preussischen Entwurfes: „der Kommissionär hat zugleich die Rechte und Pflichten des Käufers und Verkäufers“ späterhin gestrichen worden sei, so folge daraus doch noch nicht, dass dem als Kontrahenten eintretenden Kommissionär diese Rechte in der That entzogen und er von diesen Pflichten entbunden sei; denn sonst müsste diese Negation des Satzes ins Gesetz aufgenommen sein. Auch würde die entgegengesetzte Annahme zu den sonderbarsten Ergebnissen führen infolge der Bestimmungen des Art. 376 Abs. 3, wie dies v. Hahn S. 507/8 überzeugend nachweist. Trotz

[1]) Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1. Abt. 1883. S. 201 ff.

[2]) R. G. Erk. IV, S. 94.

[3]) a. a. O. Komt. Art. 376. § 2. S. 505—508.

[4]) cf. Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. XIX, S. 359.

des zwischen dem Kommittenten und Kommissionär abgeschlossenen Kaufvertrages werde aber das ursprüngliche Kommissionsverhältnis in seinen Wirkungen nicht beseitigt; der Kommissionär bleibe vielmehr für alle Handlungen vor seinem Eintritt und für diesen Eintritt selbst aus dem Kommissionsvertrage verhaftet.

Für diese Theorie haben sich Goldschmidt[1]), Schaps[2]) und scheinbar auch Puchelt[3]) ausgesprochen; ebenfalls stehen zwei Erkenntnisse des Reichsgerichts[4]) auf dem Boden dieser Theorie. In der That hat dieselbe ihre Vorzüge: sie stimmt, wie oben erwähnt, mit dem Gesetze überein und vermag zur Genüge zu erklären, weshalb noch nach dem Zustandekommen des Kaufvertrages gewisse Rechte und Pflichten des Kommissionärs aus dem Kommissionsverhältnis begründet werden, eine Erscheinung, welche durch eine andere Konstruktion nicht erklärt wird.

Gegen diese Theorie haben Gad[5]) und Abraham[6]) folgenden Einwand erhoben. Der Eintritt des Kommissionärs sei mehr als eine Art der Ausführung, denn er bringe dem bisherigen Rechtsverhältnisse ein anderes, das Kaufverhältnis, hinzu. Beide Rechtsinstitute aber seien in ihrer rechtlichen Natur entgegengesetzt und scharf von einander zu scheiden, sodass das eine erst durchaus aufgehoben sein müsse, bevor das andere ins Leben treten könne. Wenn auch der Selbsteintritt einzelne Wirkungen des Kommissionsverhältnisses als „die den Ursprung der Beziehung kennzeichnenden Reste“ mit Recht fortbestehen lasse, so müsse man doch streng daran festhalten, dass von dem Entstehungsmomente des Kaufes an eine neue Wirkung des ursprünglichen Kommissionsgeschäfts gänzlich abgeschnitten sei.

---

[1]) Goldschmidt, Kollegienheft S. 137; cf. Schaps. S. 47.
[2]) Schaps a. a. O. S. 46—48.
[3]) a. a. O. Komt. Art. 376. No. 1. S. 391.
[4]) R. G. Erk. I, 286. IV, 95.
[5]) a. a. O. S. 237.
[6]) a. a. O. S. 20/21.

Die eben erwähnten Einwände von Gad und Abraham halten wir nicht für stichhaltig; wir schliessen uns vielmehr der Theorie v. Hahns an, möchten sie aber, den obigen Bedenken Rechnung tragend, einigen Abänderungen unterwerfen und folgendermassen konstruieren.

§ 11.
Unsere Ansicht.

Im Kommissionsauftrage liegt, wie dies auch die beiden Offertentheorien annehmen, die Offerte zu einem Kommissionsgeschäfte. Durch Annahme derselben durch den Kommissionär kommt ein Kommissionsvertrag zustande; das sich hieraus ergebende Verhältnis ist ein Mandatsverhältnis. Dieses dauert fort bis zur vollständigen Ausführung des Kommissionsgeschäfts und bis zur Lösung von den daraus entstandenen Verbindlichkeiten oder bis zum Widerruf seitens des Kommittenten.

Dass aber der Kommittent bei der Erteilung des Kommissionsauftrages nicht gleichzeitig eine Kaufofferte — sei es eine prinzipale oder eine eventuale — stellt, ergiebt sich u. E. daraus, dass der Kommissionär das Recht zum Selbsteintritt auch für den Fall hat, dass der Kommittent gar nichts von dem Selbsteintrittsrechte gewusst hat. Würde man das Selbsteintrittsrecht auf eine aus dem Willen des Kommittenten hervorgehende Offerte zurückführen müssen, so würde der Nachweis genügen, dass man das Recht nicht gekannt hat, um das Selbsteintrittsrecht cessieren zu lassen. Nach den gesetzlichen Bestimmungen besteht aber das Selbsteintrittsrecht aufgrund der blossen Thatsache, dass der Kommittent dieses Recht nicht ausgeschlossen hat. Es ist also das Selbsteintrittsrecht ein dem Kommissionär in gewisser Beziehung unabhängig vom Willen des Kommittenten verliehenes Recht. Derjenige, welcher ohne Kenntnis jenes Rechts eine Kommissionsofferte erteilt, kann unmöglich als befriedigt angesehen werden, wenn die Offerte zwar acceptiert wird, die Erfüllung ihm jedoch ein ganz anderes Rechtsverhältnis schafft, als er beabsichtigt hat. Man muss vielmehr sagen, dass der Gesetzgeber, wenn er

dieses eigentümliche Recht aufgestellt hat, damit zwar eine Modifikation des beabsichtigten Geschäfts zugelassen hat, jedoch unmöglich ein ganz anderes, in einzelnen Beziehungen grundverschiedenes Rechtsverhältnis hat bilden wollen.

Der Gedanke, welcher dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat, ist folgender: Unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 376, dass die Waren pp. einen Börsen- oder Marktpreis haben, widerstrebt es nicht dem Interesse des Kommittenten, wenn der gegebene und angenommene Kommissionsauftrag durch Selbsteintritt zur Vollziehung gelangt. Die bestimmten Voraussetzungen des Art. 376 schliessen eben einen solchen Widerstreit aus. Will aber der Gesetzgeber nicht, dass der eine Teil willkürlich die Rechtsverhältnisse anders gestalten kann, so kann er das Recht zum Selbsteintritt nur als einen besonderen Ausführungsmodus des unzweifelhaft beiderseits gewollten Geschäfts ansehen. Beide Teile brauchten im Augenblick des Zustandekommens des Kommissionsvertrags — und dieser ist doch nach allgemeinen Rechtsregeln der entscheidende Augenblick für die Bestimmung der beiderseitigen Rechte — weder zu wissen, dass das Geschäft durch Selbsteintritt vollzogen werden kann, noch die auf Erfüllung des Geschäfts durch den Selbsteintritt gerichtete Absicht zu haben; und dennoch steht dem Kommissionär nachträglich dieses Recht zu, wofern nur nicht der Ausschluss des Selbsteintritts festgesetzt ist.

Indessen wird nicht durch Art. 376, wie Grünhut[1]) annimmt, dem Kommissionär eine doppelte Erfüllungsmöglichkeit (facultas alternativa) eingeräumt. Denn diese setzt voraus, dass eine bestimmte Leistung geschuldet wird, dass aber dem Schuldner die Befugnis gewährt wird, statt der geschuldeten Leistung eine andere Leistung zu machen und hierdurch die Obligation zu erfüllen. Beim gemischten Kommissionsgeschäft wird allerdings auch nur eine Leistung, der Ankauf oder Verkauf von Waren pp. geschuldet; es ist aber nur eine Erfüllungsmöglichkeit vorhanden, nämlich die Leistung der Sache

[1]) a. a. O. S. 467/68.

bezw. des Kaufpreises; indessen hat der Kommissionär die Wahl, ob er durch Ankauf von Dritten bezw. Verkauf an Dritte oder aber durch Selbstlieferung bezw. Selbstankauf die Leistung bewirken will. Man kann also hier nur sagen, dass der Kommissionär in einer rechtlich verschiedenen Qualifikation leisten könne. In dem einen Falle handelt er rein als Kommissionär, in dem andern Falle wird diese seine Eigenschaft durch seine Käufer- bezw. Verkäuferstellung beeinflusst. Sein Selbsteintritt bedeutet also nur eine Art der Ausführung des Mandats innerhalb des Rahmens desselben.

Aus dieser Auffassung ergiebt sich, dass der Kommissionär nicht nur bis zum Selbsteintritt, sondern auch nach demselben die rechtliche Stellung eines Mandatars hat. Aber wie der Selbsteintritt einen eigenartigen Modus der Ausführung bildet, so ist auch anzunehmen, dass das nach dem Selbsteintritt fortdauernde Kommissionsverhältnis verschiedenen Modalitäten unterworfen sein kann. In der That übt auch das Propregeschäft in seiner Eigenschaft als Kaufgeschäft seine Wirkungen auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Kommittenten und Kommissionär aus; der Kommissionär hat nach Vollzug des Selbsteintritts auch die Rechte und Pflichten eines Käufers bezw. Verkäufers.

Wir behaupten demnach: Nach erfolgtem Selbsteintritt ist der Kommissionär sowohl Mandatar als auch Käufer oder Verkäufer. Der geschehene Kauf bezw. Verkauf ist nur ein Modus der Ausführung der aufgetragenen Kommission. Denn

1. Der Wortlaut des Gesetzes: „Der Kommissionär ist befugt, das Gut selbst als Verkäufer zu liefern oder als Käufer für sich zu behalten“ beweist, dass er Käufer oder Verkäufer ist.
2. Die Worte des Abs. 2 Art. 376: „zur Zeit der Ausführung des Auftrags“ beweisen, dass dieses Propregeschäft eine Ausführung des Auftrags ist, andernfalls könnte von der Ausführung eines Auftrags überhaupt nicht gesprochen werden.
3. Ist aber einerseits der eintretende Kommissionär Käufer oder Verkäufer, und ist andrerseits dieser

Kauf bezw. Verkauf eine Ausführung der Kommission, so muss notwendigerweise der Kommissionär die Eigenschaft des Mandatars mit derjenigen des Käufers oder Verkäufers in einer Person vereinigen.

4. Dafür dass der Kommissionär die beiden Eigenschaften in seiner Person vereinigt, spricht die Analogie des Art. 385. Hier ist ausdrücklich festgesetzt, dass der Speditionskommissionär, wenn er den Transport der Güter selbst ausführen will, zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers habe. Der Spediteur hat somit bei Selbstübernahme des Transportes sowohl die rechtliche Stellung des Spediteurs als auch diejenige des Frachtführers.

Gegen die Zulässigkeit dieser Analogie könnte man zwei Umstände anführen. Einmal es hätte für den Gesetzgeber, wenn die Rechtsverhältnisse beim Selbsteintritt hier und da eine gleichartige Stellung schafften, nahe gelegen, diese Doppelstellung auch beim Kommissionsgeschäft ausdrücklich anzuerkennen; das Schweigen würde also hier zu einem argumentum e contrario führen. Sodann sei bei der Entstehungsgeschichte des H. G. B. die Frage der Doppelstellung nicht blos angeregt worden, sondern es sei auch im Preussischen Entwurfe die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen gewesen, dass der Kommissionär zugleich die Rechte und Pflichten des Käufers oder Verkäufers habe, und dieser Satz sei später gestrichen worden. — Diese Streichung ist indessen nicht geschehen, um damit die entsprechende Ansicht von der Doppelstellung als unwichtig anzuerkennen[1]); man hat vielmehr die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft überlassen wollen.[2]) Die Streichung der Bestimmung des Preussischen Entwurfs in der angeführten Absicht schliesst es aber zugleich aus, das Schweigen bei Art. 376 gegen die Analogie des Art. 385 zu verwerten.

---

[1]) So Auerbach, Das neue Handelsgesetz. 2 Bd. 1863. S. 265.

[2]) cf. Grünhut a. a. O. S. 484. Anm. 36. u. v. Hahn a. a. O. Komt. Art. 376. § 2. S. 505.

Es wird ferner zur Rechtfertigung des Schweigens des Gesetzes auf folgendes hingewiesen[1]): Bei Art. 385 sei die Bestimmung der Doppelstellung um deswillen nötig gewesen, weil durch den Zusatz „zugleich die des Frachtführers" eine Verschärfung der Pflichten als Spediteur eingeführt worden ist. Dagegen würde durch den Zusatz „der Kommissionär hat zugleich die Pflichten des Käufers" eine Minderung der Pflichten des Mandatars aufgestellt werden. Eine solche Minderung aber ausdrücklich auszusprechen, sei überflüssig gewesen. — Diese Bemerkung ist jedoch nicht richtig, da es sich nicht blos um Pflichten, sondern auch um Rechte und ferner nicht blos um Pflichten des Kommissionärs und Rechte des Kommittenten, sondern auch um Pflichten des Kommittenten und Rechte des Kommissionärs handelt. Der Einwand ist aber auch um dessenwillen nicht richtig, weil es sich u. E. bei Art. 385 nicht sowohl darum handelt, dass der Spediteur Frachtführer ist, als vielmehr darum, dass er auch und noch Spediteur ist, wie dies durch das „zugleich" angedeutet wird. Diese Pflichten des Spediteurs sind aber gegenüber denjenigen des Frachtführers geringere; umgekehrt sind die des Mandatars grössere als die des Käufers oder Verkäufers, sodass der Gesetzgeber Veranlassung gehabt hätte, gerade bei Art. 376 und nicht bei Art. 385 die Doppelstellung ausdrücklich anzuerkennen.

Gegen die Doppelstellung als Mandatar und Verkäufer bezw. Käufer wird weiter geltend gemacht[2]): Die Rechtsverhältnisse des Mandats seien so grundverschieden von denen des Kaufs, dass an ein gleichzeitiges Bestehen beider Rechtsgeschäfte unmöglich gedacht werden könne. — Die Verschiedenheit der beiden Rechtsgeschäfte, besonders in ihren Wirkungen, ist zuzugeben; trotzdem ist der gemachte Einwand nicht stichhaltig. Man würde denselben Einwand auch gegen Art. 385 erheben können. Die Rechtsstellung des Frachtführers und die des Spediteurs sind grundverschieden, und trotzdem

---

[1]) cf. Abraham a. a. O. S. 11. u. Grünhut a. a. O. S. 484. Anm. 36.
[2]) cf. Gad a. a. O. S. 237 und Abraham a. a. O. S. 20/21.

sollen nach gesetzlicher Bestimmung beide neben einander bestehen.

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass auch dem römischen Rechte es nicht fremd gewesen ist, ein Mandat durch Selbsteintritt zur Vollziehung zu bringen, wie Schaps[1]) an einigen Beispielen aus den Quellen unzweideutig nachweist.

Wir haben vorhin zugegeben, dass Mandat und Kauf, insbesondere in ihren Rechtswirkungen, von einander verschieden sind. Es entsteht jetzt die Frage, wenn solche Verschiedenheiten in Betracht kommen, welche Grundsätze dann anzuwenden sind, die des Mandats oder die des Kaufes? Hier will Schaps[2]) die Grundsätze vom Kaufe gelten lassen, „da nach der Perfektion des Selbsteintritts das Mandat gewissermassen nur die äussere Umhüllung des Ganzen bilde, während für die inneren Modalitäten des Ausrichtungsgeschäfts die Grundsätze vom Kaufvertrage massgebend seien.“ Wir glauben jedoch die prinzipale Geltung des Mandatsverhältnisses wahren und in einem solchen Falle daran festhalten zu müssen, dass der Kommissionär die ihm aus dem Kaufvertrage zustehenden Rechte nicht unter Vernachlässigung seiner Pflichten als Mandatar ausnutzen dürfe. Zur Beweisführung möge folgendes Beispiel dienen:

Der Rentner A. in Wiesbaden trägt seinem Bankier B. in Berlin auf, für ihn Papiere an der Börse zu kaufen. B. liefert die Papiere selbst und sendet sie an A. mit der Anzeige des Selbsteintritts. A. kehrt nach einiger Zeit von der Reise zurück, öffnet den in der Zwischenzeit eingetroffenen Brief und findet, dass die Papiere einen Fehler haben, z. B. dass sie keine Souche haben. In dem hierauf entstehenden Prozesse macht A. die mangelhafte Lieferung geltend, B. wendet jedoch ein, dass das Rügerecht gemäss Art. 347 verspätet sei. B. stellt sich also auf den Standpunkt des Verkäufers. Hierdurch wird jedoch die Stellung des A. verschlechtert; denn würde B. die Papiere von einem Dritten

[1]) a. a. O. S. 48, die § 9 Anm. 3 angeführten Beispiele.
[2]) a. a. O. § 10. S. 49.

bezogen und sie alsdann an A. abgeliefert haben, so würde ihm selbst die Prüfung, ob die Papiere ordnungsmässig wären, obgelegen haben. A. konnte sich darauf verlassen, dass B. diese Prüfung vornehmen werde; er konnte ihn verantwortlich machen, falls die Prüfung unterblieb. Vielleicht gerade in der Absicht, von der Prüfung entbunden zu sein, hatte er dem B. den Kommissionsauftrag gegeben. Er rechnete, als er auf Reisen ging, damit, dass seine Interessen jetzt ebenso gut gewahrt würden, vielleicht noch besser, als wenn er selbst die Prüfung vornehmen würde. Dadurch dass jetzt B. seine Stellung als Verkäufer hervorkehrt, verschlechtert er die Stellung des A. Letztere wird aber auch dadurch noch in eine ungünstigere Lage gebracht, dass wenn B. die Papiere an der Berliner Börse gekauft hätte, es sich dem Verkäufer der Papiere gegenüber um ein Platzgeschäft gehandelt hätte, bei dem regelmässig die harten Grundsätze, welche das H. G. B. für das Distanzgeschäft in Art. 347 getroffen hat, nicht zur Anwendung kommen; denn das Platzgeschäft wird mangels besonderen Handelsgebrauches nach dem bürgerlichen Rechte beurteilt, und diesem ist regelmässig eine analoge Bestimmung zum Art. 347 unbekannt.

Dieses Beispiel beweist, dass es verkehrt wäre, den Kommissionär nach dem Selbsteintritt wesentlich als Käufer bezw. Verkäufer zu behandeln. Denn er könnte unter Umständen gegen das Wissen und den Willen seines Mandanten dessen Stellung und Rechte verschlechtern. Dies aber würde der von uns aufgestellten ratio des Gesetzes zuwiderlaufen.

Wenden wir nun die gefundene Regel, dass der eintretende Kommissionär in erster Linie Mandatar und erst soweit, als nicht seine Pflichten als solcher dadurch vermindert werden, Käufer bezw. Verkäufer ist, in einzelnen Folgerungen an!

III. Die Anwendung unserer Ansicht auf einzelne Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien.

§ 12.

Mit dem Augenblicke der Übernahme des Kommissionsauftrags unterzieht sich der Kommissionär der im Art. 361 erwähnten Verpflichtung, „das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse des Kommittenten gemäss dem Auftrage auszuführen.“ Diese Gesetzesbestimmung ist selbstverständlich für alle Handlungen des Kommissionärs in der Zeit bis zur Eintrittserklärung massgebend, aber sie behält auch bei und nach dem Vollzug des Selbsteintritts ihre Giltigkeit. Der Kommissionär darf nicht mehr eintreten, wenn er das Geschäft schon durch Abschluss mit einem Dritten ausgeführt hat, wie dies sich ja auch schon aus der Versagung des ius variandi ergiebt.[1]) Für den Selbsteintritt soll er den günstigsten Zeitpunkt wählen. Nicht aber ist hier die Ansicht v. Hahns[2]), Schaps'[3]) und Puchelts[4]) zu billigen, welche in dem Selbsteintritt des Kommissionärs ein pflichtwidriges Verhalten sehen wollen, wenn er weiss oder wissen musste, dass er mit einem dritten Kontrahenten zu besseren Bedingungen hätte abschliessen können. Ebenso unrichtig erscheint uns die von Staub[5]) ausgesprochene Anschauung, dass der Kommissionär dem Kommittenten nur denjenigen Preis berechnen dürfe, wel-

[1]) cf. auch R. G. VI, S. 54.
[2]) a. a. O. Komt. § 376. § 4. S. 509.
[3]) a. a. O. § 11₁. S. 50.
[4]) a. a. O. § 376. Anm. 8. S. 395.
[5]) a. a. O. § 376. § 14₃. S. 892.

chen er nach übernommenem Kommissionsauftrage bei Anwendung gehöriger Sorgfalt erzielen konnte. Denn wie wir oben schon bei den Voraussetzungen zum Selbsteintritt betont haben, muss derselbe stets als gerechtfertigt erscheinen, wenn nur nachgewiesen wird, dass dabei der Börsen- oder Marktpreis eingehalten worden ist. Im Falle des Limitos hingegen kommt die Pflicht des Kommissionärs, beim Selbsteintritt das Interesse des Kommittenten zu wahren und dem seinigen vorzuziehen, wieder voll zur Geltung. An und für sich ist ja, wie oben erwähnt, das Limito kein Hindernis für den Selbsteintritt, aber der Kommissionär darf infolge des Wesens des Limitos den Marktpreis nicht berechnen, wenn dieser ungünstiger ist, als das Limito; er muss dann entweder überhaupt nicht die Kommission ausführen, oder er muss, wenn er eintreten will, zum Limito eintreten, wie dies auch durch mehrere Erkenntnisse des R. O. H. G.[1]) bestätigt wird.

Bei Verletzung dieser Pflichten kann der Kommittent gemäss Art. 362 entweder Schadensersatz mit der actio mandati directa verlangen oder das Propregeschäft zurückweisen; die letztere Befugnis wird allerdings dem Kommittenten von Grünhut[2]) abgesprochen, u. E. aber mit Unrecht.

Bis zur Perfektion des Selbsteintritts liegt ferner dem Kommissionär die Beobachtung der in den Art. 365, 366 u. 367 festgesetzten Verpflichtungen ob. Er muss, wenn das ihm zugesandte Gut sich bei der Ablieferung in einem äusserlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustande befindet, die Rechte gegen Schiffer und Frachtführer wahren und den Kommittenten unverzüglich hiervon benachrichtigen. Wenn Veränderungen am Kommissionsgute eintreten, welche seine Entwertung befürchten lassen, so kann er das Gut gemäss Art. 343 verkaufen lassen. Stets aber haftet er für Verlust und Beschädigung des Guts, solange es sich in seiner Aufbewahrung befindet, wofern er nicht beweist, dass der Verlust durch Umstände herbeigeführt ist, welche durch die Sorgfalt eines ordent-

---

[1]) R. O. H. G. VIII, S. 96. XI, S. 188. XXIII, S. 104.
[2]) a. a. O. S. 469.

lichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. Nach erfolgtem Selbsteintritt hat der Einkaufskommissionär dieselben Pflichten.

Die nach Art. 361 dem Kommissionär zustehende Pflicht, dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere nach der Ausführung des Auftrags davon Anzeige zu machen, bleibt auch nach dem Selbsteintritt bestehen; ja die letztere Pflicht erlangt hier sogar, wie oben erwähnt, die Bedeutung, die Perfektion des Selbsteintritts herbeizuführen.

Wie jeder Kommissionär, so ist auch der selbstkontrahierende nach Art. 361 zur Rechenschaftslage verpflichtet. Jedoch ist hier seine Pflicht auf den Nachweis beschränkt, dass er bei dem berechneten Preise den Börsen- oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten hat. Was unter Börsen- oder Marktpreis zu verstehen und woran derselbe im Einzelfalle zu erkennen sei, haben wir bereits oben klargelegt. Als Zeit der Ausführung des Auftrags ist regelmässig der Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige zu verstehen. Doch kann auch ein anderer Zeitpunkt massgebend sein; wenn es sich um die Verwendung der einzukaufenden Gegenstände zu einem gewissen Zwecke während eines längeren Zeitraums handelt, dann ist der Zeitpunkt dieser Verwendung, nicht jener der später erfolgten Ausführungsanzeige entscheidend.[1]) Es bleibt hier noch zu erörtern, wie zu entscheiden ist, wenn die betreffende Ware zur Zeit des Selbsteintritts keinen festen Börsenpreis hat, sondern die Kurse sich zur massgebenden Zeit zwischen einem Minimum und Maximum bewegen. Hier wollen einige Schriftsteller[2]) einen mittleren oder Durchschnittspreis annehmen; nach Puchelt[3]) genügt es, wenn der Kommissionär nicht unter dem niedrigsten Kurse verkauft und nicht über dem höchsten Kurse einkauft. Richtig scheint uns die von v. Hahn[4]) aufgestellte und von

[1]) R. O. H. G. IV, S. 168. Puchelt, Art. 376, No. 9. S. 396.

[2]) Auerbach a. a. O. S. 266. Lepa a. a. O. S. 180. Hartmann a. a. O. S. 126. Keyssner, Komt. Art. 376. No. 2. S. 413.

[3]) a. a. O. Art. 376. No. 9. S. 397.

[4]) a. a. O. Komt. Art. 376. No. 515. § 11.

Schaps[1]) vertretene Auffassung: Wenn Schwankungen während der Börsenzeit vorkommen und die Anzeige des Kommissionärs von der Ausführung des Auftrags erst nachher abgesandt wird, so ist der Schlusskurs massgebend. Wird aber die Anzeige sofort nach erfolgtem Selbsteintritt behufs Absendung aufgegeben, so ist die Qualität der Ware und der Zeitpunkt des Abschlusses des Propregeschäfts genau festzustellen und hiernach der Preis innerhalb der notierten Skala der betreffenden Ware zu berechnen. Wenn man aber auch auf diesem Wege zu keinem Ergebnisse gelangt, so genügt es, dass der vom Kommissionär berechnete Kaufpreis innerhalb des notierten Preises steht.

Ergiebt sich nun bei der Rechnungslage, dass der Kommissionär den Markt- oder Börsenpreis nicht eingehalten hat, so kann der Kommittent zwar verlangen, dass ihm der Marktpreis berechnet werde, nicht aber ist er berechtigt, die Anerkennung des Selbsteintritts des Kommissionärs zu verweigern. Die entgegengesetzte Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts entspringt aus der irrigen Annahme einer eventuellen Offerte.[2])

Gehen wir nunmehr zu den Rechten über, welche dem Kommissionär aus der Ausführung der Kommission durch den Selbsteintritt erwachsen. Einige finden es auffallend und mit den Grundsätzen des Kaufes nicht übereinstimmend, dass dem Kommissionär ein Anspruch auf Provision und das gesetzliche Pfandrecht auch hier gegeben wird. Vom Standpunkte unserer Theorie erscheint dies jedoch nur als folgerichtig. Wer jedoch dem Kommissionär nach dem Selbsteintritt die Stellung als Mandatar abspricht, kann diese Erscheinung allerdings nicht erklären. Im einzelnen ist bezüglich der erwähnten Mandatarrechte folgendes zu bemerken.

Bei der Frage nach der Provision erhebt sich zunächst die Streitfrage, ob unter „gewöhnlicher Provision“[3]) auch die

---

[1]) a. a O. § 11. 4b. S. 52.
[2]) R. O. H. G. Erk. VIII, No. 21.
[3]) cf. Art. 376. Abs. 2.

delcredere-Provision zu verstehen sei. Grünhut[1]), Koch[2]), Makower[3]) und Schaps[4]) wollen dem Kommissionär den Anspruch auf die delcredere-Provision versagen, da bei dem Selbsteintritt jede Möglichkeit fehle, für die Verbindlichkeiten des dritten Kontrahenten einzustehen. v. Hahn[5]), dem sich Lepa[6]) und Willenbücher[7]) anschliessen, versteht unter gewöhnlicher Provision die Provision im Umfange und in der Höhe, wie sie verabredet oder durch Ortsgebrauch festgestellt ist, erklärt daher auch die delcredere-Provision für zulässig, wenn sie verabredet oder ortsgebräuchlich sei.

Wir schliessen uns der ersten Ansicht an, halten jedoch die Begründung für verfehlt, denn das oben erwähnte Argument würde, wie v. Hahn mit Recht hervorhebt, gegen die Zulässigkeit einer jeden Provisionsforderung gerichtet sein. Unsere Begründung ergiebt sich aus dem Begriffe der delcredere-Provision, wie er in Art. 370 des H. G. B. niedergelegt ist. Hier heisst es ausdrücklich: „der Kommissionär, welcher für seinen Kontrahenten einsteht“ und nicht „welcher das Einstehen übernommen hat“, ist zu einer Vergütung (delcredere-Provision) berechtigt. Die Verabredung, für den dritten Kontrahenten einstehen zu wollen, wird in der Regel mit der Übernahme des Kommissionsauftrags getroffen, ist also im Falle des Art. 376 denkbar, dagegen ein thatsächliches Einstehen, welches den Abschluss eines Geschäfts mit einem Dritten voraussetzt, bei der Selbstübernahme undenkbar.[8]) Hieraus folgt, dass wir dem eintretenden Kommissionär den Anspruch auf delcredere-Provision nicht zubilligen können.

Unter den bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten ist nach Art. 371 alles zu verstehen,

---

[1]) a. a. O. S. 483.

[2]) a. a. O. Art. 376. N. 45. S. 567.

[3]) a. a. O. Art. 376. N. 27. S. 491.

[4]) a. a. O. § 11. II1. S. 54.

[5]) a. a. O. Komt. Art. 376. § 12. S. 516.

[6]) a. a. O. S. 181.

[7]) Willenbücher, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Für die Praxis erläutert. 1891. Art. 376.

[8]) cf. auch Staub a. a. O. Art. 370. § 7. S. 878.

was der Kommissionär an baren Auslagen oder überhaupt zum Vollzuge des Geschäfts notwendig oder nützlich aufgewendet hat, z. B. Mäklerkurtage, Lagermiete, Arbeitslöhne für seine Leute, Ersatz für Benutzung von Transportmitteln, Ablade- und Abwägekosten. Gerechtfertigt wird diese Ansicht durch die Erwägung, dass man bei Gewährung dieser Befugnis wohl den Gedanken gehabt hat, der Einkaufskommissionär hätte die betreffenden Unkosten meist selbst zu bezahlen gehabt, und der Verkaufskommissionär würde sie später einmal haben. Auch ist die betr. Bestimmung im Gesetze ohne Einschränkung ausgesprochen; demnach kann der Kommissionär sie beanspruchen, ohne dass er nötig hätte, sie zu beweisen, also auch wenn er sie in Wirklichkeit gar nicht aufgewendet hat.

Den Anspruch auf Provision und sonstige Unkosten will ein Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts[1]) als einen Teil des Kaufpreises ansehen und infolgedessen auch den Regeln über die Verjährung des Kaufpreises unterwerfen. Derselben Ansicht sind v. Hahn[2]), Makower[3]) und Keyssner.[4]) Wenn auch zugegeben werden muss, dass diese Beträge bei der Berechnung als Zuschlag des Kaufpreises erscheinen, so dürfen sie dennoch nicht juristisch als ein Teil desselben angesehen werden; denn sie ergeben sich, wie Lepa[5]) und Schaps[6]) nachweisen, aus dem Kommissionsgeschäft und sind daher auch nicht den Rechtsregeln des Kaufgeschäfts unterworfen.

Wenn auch im Art. 376 für den eintretenden Kommissionär ein Pfand- und Verkaufsrecht gemäss Art. 374 u. 375 nicht ausdrücklich anerkannt ist, so müssen wir doch auf die Zulässigkeit desselben aus dem Mandatsverhältnisse schliessen. Die entgegenstehende Ansicht Staubs[7]) und Renauds[8]),

---

[1]) R. O. H. G. VI, S. 190.
[2]) a. a. O. Komt. Art. 376. § 14. S. 518.
[3]) a. a. O. Art. 376. N. 27. S. 491.
[4]) a. a. O. Komt. Art. 376. N. 8. S. 414.
[5]) a. a. O. S. 184/85.
[6]) a. a. O. § 11. II_1. S. 55.
[7]) a. a. O. Art. 376. § 17. S. 894.
[8]) Renaud, Rechtliche Gutachten. 1. Bd. 1886. S. 314/15.

welche dem Kommissionär dasselbe abstreiten und ihm nur das kaufmännische Retentionsrecht gewähren wollen, ist eine Schlussfolgerung aus ihrer Ansicht, dass vom Momente des Selbsteintritts an der Kommissionär aufgehört habe, Mandatar zu sein. Da wir aber gemäss unserer Auffassung dem Kommissionär beim Selbsteintritt die obigen Verpflichtungen auferlegt haben, so scheint es nur billig, ihm auch ein Sicherungsrecht am Kommissionsgute für seine Ansprüche zu gewähren.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs hat nur Geltung im Umfange des Art. 374, also wegen eines Anspruches des Kommissionärs aus dem Kommissionsverhältnisse oder eines Liberierungsanspruches aus demselben, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. Aufgrund des nicht gezahlten Kaufpreises dürfen wir aber dem Einkaufskommissionär das vorstehende Recht nicht zuerkennen, da das eine Verletzung seiner Verpflichtungen als Mandatar zu gunsten seiner Rechte als Verkäufer bedeuten würde; hier müssen vielmehr die Bestimmungen vom Kaufvertrage über die mora solvendi des Käufers, Art. 354 des H. G. B., platzgreifen. Im Falle, dass der Kommittent mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen im Verzuge ist, wird der Kommissionär nach Art. 375 berechtigt, sich unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 aus dem Kommissionsgute bezahlt zu machen.

§ 13.

Da mit der Perfektion des Selbsteintritts ein Kaufverhältnis zwischen dem Kommittenten und Kommissionär zustande gekommen ist, so folgt auch, dass die Grundsätze über den Kauf auf das Rechtsverhältnis zwischen beiden zur Anwendung gelangen müssen. Insoweit stimmen wir mit sämtlichen Theorien bis auf die Grünhut'sche[1]) überein, deren eigenartige Schlussfolgerungen sich aus der besonderen Konstruktion ergeben. Wir möchten jedoch wiederum daran erinnern, dass nach unserer Auffassung der Kommissionär seine Rechte aus

[1]) a. a. O. S. 483—497; cf. auch Hanausek a. a. O. S. 201—213.

dem Kaufvertrage nur soweit ausüben kann, als er hierdurch nicht seine Pflichten als Mandatar verletzt. Die aus unserer Ansicht sich ergebenden Abweichungen von der herrschenden Meinung sind daher folgende.

Bei Fehlern und Mängeln der Ware will die herrschende Meinung den für das Kaufgeschäft geltenden Vorschriften fast durchweg Geltung geben. Eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[1]), die offenbar auf entgegengesetztem Standpunkte steht, wird von Voigt[2]) als irrig bekämpft.

v. Hahn[3]) und Schaps[4]) dagegen unterscheiden hier zwischen Einkaufs- und Verkaufskommission, sowie ob die Anzeige des Selbsteintritts eine generelle oder spezielle, ferner ob die Ware schon vor der Erklärung beim Kommittenten bezw. bei der Verkaufskommission beim Kommissionär eingetroffen ist. Wir halten indessen diese Unterscheidung nur bei der Verkaufskommission für geboten und konstruieren folgendermassen:

1. Einkaufskommission.

Der Kommittent gilt immer und in allen Fällen als Mandant; gegen ihn kann daher Art. 347 nicht angewendet werden. Die Rechtfertigung ergiebt sich aus dem S. 43—44 angeführten Beispiele und der dazu gegebenen Begründung.

Darauf ob die Anzeige eine generelle oder eine spezielle ist, kann es nicht ankommen, da in beiden Fällen die Stellung des Kommittenten eventuell ohne seinen Willen und sein Wissen durch die einseitige Erklärung des Kommissionärs verschlechtert werden könnte.

Dass, falls die Ware vor der Anzeige beim Kommittenten eingetroffen ist, Art. 347 nicht von vorneherein zur Anwendung kommen kann, giebt v. Hahn selbst zu; aber auch durch die nachträglich eintreffende Anzeige des Selbsteintritts

---

[1]) R. O. H. G. XXV, 214.

[2]) Voigt, Zur Lehre der Einkaufskommission in Goldschmidts Zeitschrift 25. Bd. S. 183 ff.

[3]) a. a. O. in Goldschmidts Zeitschrift 29. Bd. S. 2 ff.; Komt. H. G. B. S. 528—534.

[4]) a. a. O. S. 57—67.

kann nicht die Anwendbarkeit des Art. 347 geschaffen werden. Der Kommittent konnte sich darauf verlassen, dass der Kommissionär die Ware vor der Ablieferung als diligenter Kaufmann untersucht und geprüft hat. Dazu kommt noch, dass der Kommissionär, wie wir schon oben bei dem angeführten Beispiele[1]) bemerkt haben, unter Umständen durch seine Erklärung ein Platzgeschäft zu einem Distanzgeschäft machen würde.

Dieselbe Erwägung der geschehenen Prüfung trifft auch zu, wenn die Ware nachher eintrifft. Der Kommissionär muss eben hier die Ware mit grösserer Sorgfalt auswählen, als dies beim gewöhnlichen Kaufgeschäft nötig ist. Er muss hier die Interessen des Kommittenten eventuell gegen sich selbst vertreten; diese erhöhte Sorgfalt findet ihren besonderen Lohn in der zugebilligten Provision.

2. Verkaufskommission.

Für den Fall, dass die Zusendung und Ablieferung des Kommissionsgutes schon vor der Ausführungsanzeige, sei es einer ausdrücklichen Eintrittsanzeige oder einer generellen Anzeige, geschehen sind, kann, wie auch Lepa[2]) und Schaps[3]) betonen, überhaupt nicht von einem Distanzkaufe nach Art. 347 die Rede sein, da sich die Ware schon im Besitze des eintretenden Kommissionärs befindet. Der Besitzübergang bei Wahl des Selbsteintritts liegt nicht in der Ablieferung und Abnahme der Ware, sondern in der traditio brevi manu, wobei die Haftung für Fehler und Mängel nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen ist. In der Regel wird aber die Nichtgeltendmachung der sofort erkennbaren Mängel als eine Billigung der Ware anzusehen sein, da nicht anzunehmen ist, dass sich jemand entschliessen wird, die bereits in seinem Besitze befindliche Ware zu kaufen, ohne sie besichtigt zu haben und ihre Mängel zu rügen.

---

[1]) cf. S. 43/44.
[2]) a. a. O. S. 203. N. 64.
[3]) a. a. O. S. 62. II.

Hierauf erwidert v. Hahn[1]), dass diese Annahme zwar der kaufmännischen Anschauung entspreche, aber immer nur auf einer thatsächlichen Erwägung beruhe und dann jedenfalls ausgeschlossen werden könne, wenn sich aus den thatsächlichen Verhältnissen ergebe, dass der Kommissionär die Untersuchung nicht wohl habe vornehmen können, z. B. die Ware befindet sich zur Zeit der Absendung der Ausführungsanzeige noch an Bord oder im Zollentrepot oder in einer sonstigen Niederlage, in welcher sie nicht ordnungsgemäss untersucht werden kann. — Diese Bemerkung trifft indessen nicht vollständig zu, weil in einem solchen Falle von einer Ablieferung überhaupt nicht die Rede sein kann. Zur Anwendung der brevi manu traditio gehört, dass der Kommissionär thatsächlich den Besitz (Detention) der Sache erlangt hatte.

Wenn die Ausführungsanzeige des Kommissionärs dem Eintreffen der Ware vorhergeht, so muss Art. 347 und 349 in Kraft treten, da ja der Kommissionär vom Augenblicke des Selbsteintritts Käufer geworden ist und die sich aus dem Kaufe ergebenden Pflichten hier nicht zum Nachteile des Kommittenten einschränken darf. Dies gilt sowohl für die spezielle als auch die generelle Anzeige. Schaps[2]) bemerkt mit Recht bei letzterer: entweder wolle hier der Kommissionär durch die Anzeige den Selbsteintritt vollziehen und dann gelte ohne weiteres Art. 347 und 349, oder er hätte mit einem Dritten kontrahiert, den er nicht namhaft gemacht habe, und dann müsste er sich selbst bewusst sein, dass der Kommittent in jedem Augenblicke den Fall des Selbsteintritts fingieren könnte, sodass auch hier Art. 347 und 349 massgebend sein müsse.

Im Falle des Verzugs finden aufgrund unserer Theorie die Bestimmungen des Kaufkontraktes, also die Art. 343, 354 und 357 des H. G. B. unmittelbare Anwendung. Hierin stimmen wir also mit allen übrigen Theorien, mit Ausnahme der Grünhut'schen, überein.

---

[1]) a. a. O. in Goldschmidts Zeitschr. 29. Bd. S. 15.

[2]) a. a. O. S. 61. B_{10}.

Was den Gefahrübergang anlangt, so stellt Schaps[1]) die Ansicht auf: Art. 345, der vom Gefahrübergange beim Distanzkaufe handelt, gilt nur für den Fall, dass der Verkaufskommittent nach erhaltener Anzeige das Gut an den Kommissionär absendet. In allen übrigen Fällen befindet sich das Kommissionsgut zur Zeit des Vollzugs des Selbsteintritts schon in den Händen des Kommissionärs, und da demnach kein Distanzkauf vorliegt, so tritt der Gefahrübergang, da das H. G. B. für den Platzkauf keine Bestimmungen enthält, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts ein. — Diese Ansicht halten auch wir für richtig.

§ 14.
Schluss.

Zum Schlusse dürfte es angebracht sein, auf die abändernden Bestimmungen, die der Entwurf eines neuen Börsengesetzes[2]) enthält, hinzuweisen.

Die §§ 68—70 dieses Entwurfes heben den Art. 376 des H. G. B. auf und ersetzen ihn durch inhaltlich folgende Bestimmungen:

Das Selbsteintrittsrecht ist prinzipiell zugelassen. Die Voraussetzungen sind insofern modifiziert, als es sich handeln muss um Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, oder um Wechsel oder um solche Wertpapiere, bei denen ein Börsenpreis unter Mitwirkung amtlicher Organe festgestellt wird.

Der Anspruch auf Provision ist fallen gelassen. Es wird eine besondere Bestimmung getroffen, wie im Falle, dass der Börsenkurs an dem Tage ein schwankender gewesen ist, der einzusetzende Preis berechnet werden darf. Hierbei findet unter Umständen eine Berechnung statt, welche dem Kommissionär die Einsetzung eines niedrigeren Preises auferlegt, als der, welcher im Augenblicke der Absendung der Ausführungsanzeige galt. Dieser Umstand in Verbindung mit dem Wegfall der

---

[1]) a. a. O. S. 62 III.

[2]) Entwurf eines neuen Börsengesetzes. 1895. §§ 68—70. Über das Kommissionsgeschäft.

Provision dürfte als der Todesstoss des Selbsteintrittsrechts anzusehen sein. „Das formell aufrecht erhaltene Eintrittsrecht wird hierdurch gleichsam hinterrücks wieder vernichtet.“ [1])

Wenn wir auch das Recht auf Provision nicht mehr zur Begründung unserer Konstruktion, dass der Kommissionär noch Mandatar sei, nach geschehener Aufhebung dieses Anspruches verwerten können, so glauben wir doch andrerseits nicht, dass die Aufhebung dieses Anspruches erfolgt ist, um die Mandatarrechte und -Pflichten des Kommissionärs allgemein aufzuheben. Hiergegen spricht die ihrem Wortlaute nach für unsere Theorie sehr beachtenswerte Wendung des § 68: „Der Auftrag zum Abschlusse des Geschäfts kann vom Kommissionär dadurch ausgeführt werden, dass derselbe das Gut . . . . selbst als Verkäufer liefert oder . . . . als Käufer übernimmt.“ Vergleiche auch § 70: „Der Auftrag ist durch Selbsteintritt oder durch Abschluss mit Dritten erledigt; die Ausführung ist durch Abschluss eines Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt; der Auftrag gilt als durch Abschluss des Geschäfts mit einem Dritten ausgeführt.“

Nach späteren Zeitungsberichten (Mai 1895) soll der Bundesrat das Recht auf Provision und Auslagenersatz wieder hergestellt haben; vermutlich ist dies in der Erwägung geschehen, dass sonst das Selbsteintrittsrecht vollständig illusorisch gemacht sein würde. Im letzteren Falle wäre es besser, statt des Scheinrechts lieber die Aufhebung des Rechts ausdrücklich auszusprechen und damit den Standpunkt des französischen Rechts einzunehmen.

---

[1]) Vortrag des Professors Baron. Kölnische Zeitung 1895. N. 469. 29. Mai.